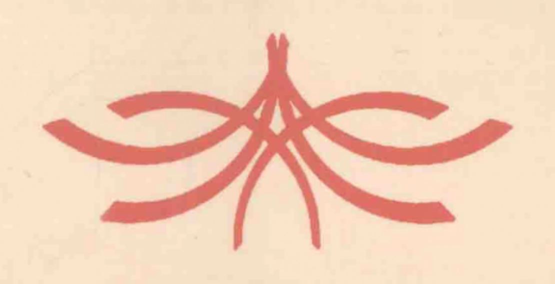
重庆市人民检察院第一分院、西南大学／主办

STUDY ON HARD CRIMINAL CASES

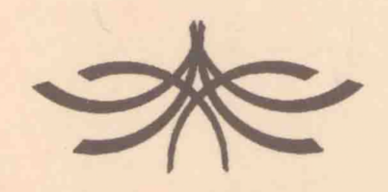
主　编　张新民

副主编　孙　琳　邹　兵

刑事疑难案件研究



中国政法大学出版社



STUDY ON HARD CRIMINAL CASES

刑事疑难案件研究





定价：36.00元

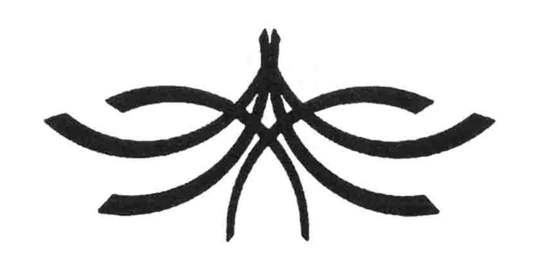
重庆市人民检察院第一分院、西南大学／主办

STUDY ON HARD CRIMINAL CASES

主　编　张新民

副主编　孙　琳　邹　兵

刑事疑难案件研究



中国政法大学出版社

2014 · 北京

图书在版编目（CIP）数据

刑事疑难案件研究/张新民主编.—北京:中国政法大学出版社,2014.12
ISBN 978-7-5620-5741-3

Ⅰ.①刑…　Ⅱ.①张…　Ⅲ.①刑事犯罪—案例—重庆市　Ⅳ.①D927.719.405

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第271068号

出 版 者　中国政法大学出版社

地　　址　北京市海淀区西土城路25号

邮寄地址　北京100088信箱8034分箱　邮编100088

网　　址　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）

电　　话　010-58908586(编辑部)　58908334(邮购部)

编辑邮箱　zhengfadch@126.com

承　　印　固安华明印业有限公司

开　　本　880mm×1230mm　1/32

印　　张　9.75

字　　数　225千字

版　　次　2014年12月第1版

印　　次　2014年12月第1次印刷

定　　价　36.00元

编著委员会

主　任

王　冲　重庆市人民检察院第一分院副检察长

副主任

张新民　西南大学法学院院长、教授、博士生导师

委　员

张　丽　重庆市人民检察院公诉二处处长

张步文　西南大学法学院副院长、教授

陈璋剑　重庆市人民检察院第一分院公诉二处处长

赵学刚　西南大学法学院副院长、教授

孙　琳　重庆市人民检察院第一分院公诉一处副处长，西南大学法学院副院长（挂职）

曹忠鲁　重庆市人民检察院第一分院公诉一处副处长

邹　兵　重庆市人民检察院第一分院公诉一处副处长（挂职），西南大学法学院副教授

马洪伟　重庆市人民检察院第一分院公诉二处副处长

李海燕　重庆市人民检察院第一分院公诉二处副处长

主　编　张新民

副主编　孙　琳　邹　兵

编著说明

法学研究与司法实践的深度交流、合作是现代法治发展的必然要求。2013年，教育部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发出通知，决定实施高等学校与法律实务部门人员互聘“双千计划”。该计划拟在2013年至2017年期间，选聘一千名左右有较高理论水平和丰富实践经验的法律实务部门专家到高校法学院系兼职或挂职任教，承担法学专业课程教学任务；同时，选聘一千名左右高校法学专业骨干教师到法律实务部门兼职或挂职，参与法律实务工作。2013年10月以来，作为首批参与“双千计划”的单位之一，西南大学和重庆市人民检察院第一分院围绕该计划建立了良好的交流机制与合作平台。为了促进司法人员密切关注实务与理论发展动向，总结办案经验，提升法律素养，提高应对疑难复杂案件的综合能力，同时也为推动法学研究，加快法学教育模式的改革步伐，经仔细研究，双方决定从2014年开始合作编著《刑事疑难案件研究》一书。

本书主要以重庆市人民检察院第一分院及其辖区近年办理

的真实、疑难刑事案件为研究对象，对其中涉及的刑事实体法和刑事程序法在适用过程中的典型、疑难问题，如因果关系、不作为犯罪、原因自由行为理论的司法适用、故意杀人罪、抢劫罪、强奸罪、抢劫罪、盗窃罪、赌博罪、非法证据排除、见证人、监视居住等，进行了深入探讨。本书作者主要是重庆市人民检察院第一分院公诉部门参与办案的公诉人，另外还包括西南大学法学院刑事法方向的研究生。希望本书对刑事司法实践和法学理论研究提供有益的参考价值。

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出：要围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题，推进法治理论创新，发展符合中国实际、具有中国特色、体现社会发展规律的社会主义法治理论，为依法治国提供理论指导和学理支撑；健全政法部门和法学院校、法学研究机构人员双向交流机制，实施高校和法治工作部门人员互聘计划。我们将继续以“双千计划”为基础，进一步完善合作机制，以《刑事疑难案件研究》为平台，力争为我国依法治国提供有价值的理论指导和学理支撑。当然，因水平有限，本书难免有错漏之处，望各方不吝批评指正。

《刑事疑难案件研究》编著委员会

2014年10月15日

目 录

追打被害人致其溺水死亡案：不作为犯罪中的先行行为与因果关系

王云鹏*

一、基本案情

2013年1月9日晚，被害人王某（男，殁年35岁）在重庆市某区某镇“真情年代”KTV内消费时与冯某某发生抓扯，公安人员出警后平息该纠纷。2013年1月12日中午，被告人周某某等人在冯某某家吃饭时，冯某某提出找王某索要被打伤所产生的医药费。当日16时许，周某某与冯某某等人前往某采沙场寻找王某。冯某某和周某某登上王某正在作业的采沙船。正当冯某某与王某交涉之时，周某某捡持一铁棒追打王某，王某为躲避周某某的追打而跳入水中，游行一段距离后沉入湖底。周某某见状未予以施救并驾车逃离现场。当日22时30分许，王某的尸体被打捞出水。经法医学尸体检验，王某系溺水死亡。

2013年1月25日，公安机关在重庆市某区“巴黎公舍”某号房间将被告人周某某抓获归案。

重庆市某中级人民法院审理后认为，被告人周某某持角铁

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

追打王某并致其跳入湖中，对王某负有法定的救助义务，当王某出现溺水征象时，周某某不予救助而逃离现场，放任死亡结果的发生，符合故意杀人罪的构成要件。依照《中华人民共和国刑法》第232条之规定，以被告人周某某犯故意杀人罪判处其无期徒刑，剥夺政治权利终身。

一审宣判后，周某某提出上诉，重庆市高级人民法院依法公开开庭审理后，驳回上诉，维持原判。

二、争议焦点

本案的争议焦点在于周某某的行为应如何定性，围绕这个焦点，有两个问题需要进行分析：(1)先行行为的范围，(2)不作为犯罪中因果关系的证明。周某某构成何罪，存在三种分歧意见：

第一种意见认为，周某某的行为构成过失致人死亡罪。周某某主观上是为了帮助冯某某讨要医药费，虽然有持角铁追打的行为，但并无任何伤害行为。被害人被逼跳水，与周某某的行为虽有因果关系，但与被害人溺水死亡无直接因果关系，且从事发时间、地点、被害人的职业（采砂工）、现场人数及周某某对当时情况的认知来看，对被害人死亡的结果，周某某主观上是不希望发生且不能预见的，应定过失致人死亡罪。

第二种意见认为，周某某的行为构成故意伤害罪。周某某为了帮助其朋友讨要医药费，主观上有伤害他人身体的故意，客观上实施了持角铁追打被害人的行为，并致被害人溺水死亡结果的发生。被害人跳水后死亡是周某某追打行为引起的，有法律上的因果关系，构成故意伤害罪。

第三种意见认为，周某某的行为构成故意杀人罪。周某某持角铁追打被害人不属正当、合法行为，由此行为而致被害人

处于危险境地，负有法律上的救助义务。周某某目睹被害人跳河并沉入水中，却未实施任何救助行为，对被害人的死亡具有放任的故意，构成不作为的故意杀人罪。

三、观点透析

笔者同意第三种意见，本案周某某属于不作为犯罪，构成故意杀人罪。理由如下：

（一）周某某持角铁追打被害人的行为在法律上产生其对被害人处于危险状态时的救助义务

本案的关键在于确认周某某对跳水而面临死亡危险的被害人是否具有法律上的救助义务，即是否存在作为的义务。一般认为，不作为犯罪的义务来源包括：法律明文规定的义务，职务或业务要求的义务，法律行为引起的义务，先行行为产生的义务。考察周某某持角铁追打被害人的行为，应当属于来源于先行行为产生的救助义务。

构成不作为犯罪必须具备三个条件：一是不作为犯罪以行为人负有特定义务为前提；二是行为人能够履行特定义务而不履行的；三是行为人不履行特定义务，从而发生了危害后果。本案中，首先，周某某实施了将被害人置于危险境地的先行行为。被害人因为周某某持角铁追打的行为而被逼跳入水中，生命已经处于危险状态，而追打的先行行为系周某某本人亲自实施，故对被害人的危险具有救助义务。在场的其他目击者，因未实施伤害或意图伤害被害人的先行行为，不具备防止被害人死亡的刑法意义上的义务。其次，周某某具备救助被害人的能力，这里的救助能力，不仅包括自己亲手施以援助，也包括向在场其他人员求救及报警等手段。最后，周某某的先行行为造成了实际危险状态的存在。由于周某某的持角铁追打行为，造

成被害人跳入水中，后因体力不支而沉水，生命安全处于极度危险状态，如果没有及时救助，溺水死亡是必然的结局。

（二）周某某对被害人死亡的后果具有放任的主观心态

周某某明知其不履行救助义务可能发生他人死亡的后果，且有能力履行而不履行，致使危害后果发生，在过错形式上属于故意。那么周某某的行为属于直接故意还是间接故意？笔者认为，在不作为犯罪中，不作为者对危害结果的过错形式只能是间接故意。如果被害人跳水后，周某某继续实施加害行为，或者阻挠被害人上岸，此时就是直接利用溺水这一客观条件致使被害人死亡，则属于直接故意杀人的范畴。间接故意不作为犯罪是行为人明知自己的不作为可能会发生危害后果，并且放任该结果发生的犯罪形态。本案中，周某某明知被害人跳水后，因体力不支游行一段时间后沉入水中，可能会发生溺水死亡的后果，却没有采取任何救助措施，既没有拨打报警电话，也没有向在场其他人员求救，更没有本人施救，而是驾车逃离现场，对被害人的死亡持放任态度。

本案中，还需要区别间接故意与过于自信的过失。间接故意与过于自信的过失区别的关键是行为人对危害后果所持的不同态度。间接故意对危害后果的发生并不持排斥态度；过于自信的过失行为人对危害结果的发生是持否定或排斥态度。另一区别是在认识因素上，间接故意是“明知”，过于自信的过失是“预见”，表明行为人对危害后果发生的可能性的认识程度上有一定差别。间接故意的行为人认识到结果发生的可能性较大。本案发生的时间是1月，气温、水文等条件较为恶劣，且被害人是在没有采取任何防护措施的情况下仓促跳水，溺水死亡的可能性远远大于安全上岸的可能性，周某某作为有正常判断、认知能力的成年人，对此应当有清晰的认识。

（三）周某某的不作为与被害人死亡结果之间具有刑法上的因果关系

所谓刑法上的因果关系，是指实行行为和构成要件结果之间所具有的一定的原因和结果之间的关系。在不作为类的犯罪中，死亡结果应当是行为人的先行行为引起的，且死亡结果与先行行为之间应具有刑法上的因果关系。这是追究周某某刑事责任的客观依据。本案中，虽然被害人跳水看似是其自主选择的结果，死亡的直接原因也是溺水死亡而非其他外力因素，但没有周某某的持角铁追打的行为，被害人就不会跳水；跳水后，如果周某某积极利用现场条件实施救助行为，被害人也不会溺水身亡。追打—跳水—不救助—溺水死亡，是被害人死亡的因果关系锁链，正是因为周某某没有实施救助义务，从而引起了死亡结果的发生。据此，周某某具备对被害人死亡承担刑事责任的客观基础。

（四）不作为犯罪中先行行为的范围

本案中，周某某实施了持角铁追打被害人的先行行为，其作为性和有责性较为明显，但是在大量的不作为犯罪案件中，先行行为的范围划分并不明朗，法律对先行行为并无明文规定，先行行为引起的不作为犯罪的构成要件是开放性的，那么在处罚范围方面容易造成司法实践中处罚该类犯罪标准不一、范围不清和界限不明的问题。由于对先行行为的成立范围缺乏一个具体的合理的限定标准，在司法实践中对具体案件的处理往往出现两个极端：或缩小刑罚的调整范围，对本应因其先行行为负有作为义务而构成犯罪的案件不作刑事追究，客观上导致纵容犯罪；或扩大处罚范围，扩张行为犯罪化的程度边界，客观上导致刑法的泛化和刑罚的膨胀。鉴于此，必须对先行行为的范围进行分析。

1. 先行行为是否限于违法行为。对此，刑法理论上存在争论：第一种观点主张先行行为限于违法行为，认为“前行为除必须具备导致结果发生之迫切危险外，尚须具备义务违反性，始足以构成保证人地位，至如一个符合客观注意义务或合法之前行为，或如一个合乎交通规则与客观义务之前行为，即不致形成保证人地位”。[1] 第二种观点主张先行行为只要足以产生某种危险，就可以成为不作为的义务来源，而不必要求先行行为必须具有违法的性质，即先行行为的性质既可以是合法行为，也可以是一般违法行为和犯罪行为，在先行行为是犯罪行为的情况下，先行行为与不作为之间具有牵连关系，构成牵连犯。[2] 第三种观点主张先行行为应是合法行为和一般违法行为，原则上不应包括犯罪行为。笔者赞同第三种观点，认为先行行为可以是合法行为和一般违法行为，但不能是犯罪行为。因为犯罪是已经刑法规范予以否定评价的行为，无论其结果性还是行为性，甚至其所包含的危险状态，都不再是一种客观中立的、未经刑法评价的状态。先行行为引起的危险状态是一种作为行为事实的危险状态，其行为性并未经过刑法规范的否定评价，所导致的危险状态也不具“不法”的特征。所以，二者在刑法规范的价值评价上具有完全不同的属性。

2. 先行行为是否限于有责行为。刑法理论上存在肯定说与否定说之争。肯定说认为，先行行为作为法律事实之一的法律行为，必须反映人的意志，是基于一定的心理活动而作出的能够引起刑事法律关系产生的人的行为，故先行行为必须出于故

---

〔1〕 林山田：《刑法通论》，三民书局 1986 年版，第 236 页。

〔2〕 蔡墩铭：《刑法总则争议问题研究》，五南图书出版公司 1988 年版，第 60～61 页。

意或过失才能发生作为义务。[1] 否定说认为，先行行为不限于有责行为，无责即无意识状态下的行为也能构成先行行为。[2] 笔者比较赞成“否定说”的观点，先行行为不限于有责行为，无责行为也能够成为先行行为。先行行为是刑事义务的来源，是行为人负有实施防止某种损害结果发生的行为的根据，而非行为人违反刑事义务的行为，因此先行行为不属于刑事归责的义务，根本不必考虑其是否是有责还是无责。

3. 先行行为是否限于作为。刑法理论在这个问题上也存在两种观点：一种观点主张只限于以积极行为来实施，而不能用消极行为来实施。[3] 另一种观点则认为，先行行为可以是作为也可以是不作为。[4] 本文比较赞同第二种观点。因为先行行为是行为人负有作为义务而成立不作为犯罪的根据和条件，这时不作为犯之所以具有刑事可罚性就在于行为人的先行行为引起了某种程度的危险状态，致使刑法法益处于发生实际损害的威胁之中，但行为人应履行义务而不履行，以致发生了行为人的先行行为所引起的作为不作为犯罪结果的实际损害结果。但这种实害结果并不是行为人实施的先行行为造成的，而是由先行行为所引发的，即实害结果对合法权益的积极的侵害力是由于先行行为所引发的事物普遍的因果联系中客观存在着或潜伏着的趋向危害结果的因果链所造成的，因此这种积极的侵害力当然可以由作为引起，也可以由不作为引起。

（五）不作为犯罪中因果关系的认定

所谓不作为犯罪的因果关系，是指存在于不作为与它所引

---

〔1〕 冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第50页。

〔2〕 熊选国：《刑法中行为论》，人民法院出版社1992年版，第186页。

〔3〕 李学同：“论不作为犯罪的特定义务”，载《法学评论》1991年第4期。

〔4〕 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年版。

起的危害结果之间的一种内在的、本质的、合乎规律的引起与被引起的联系。从刑法规范的角度看，不作为犯因果关系的判断标准与作为犯因果关系的判断标准应当是一致的。因为二者都是对犯罪构成客观要件中的行为与结果之间引起与被引起关系的判断，只不过不作为与作为的表现形式不同而已。所以，研究不作为犯因果关系的判断标准，首要的仍是在总体上如何合理地确定刑法因果关系之判断标准，第二步才是将之运用于不作为犯罪当中。

正确判断不作为犯罪的因果关系有着重要的意义。如何正确判断不作为犯罪中的行为与结果之间具有因果关系？笔者认为，考察时应兼顾有无条件关系及相当关系。条件关系说的主张是，如果行为与结果之间存在无前者就无后者的条件关系，就存在因果关系。条件关系说有其偏颇之处，例如甲的杀人行为直接导致乙的死亡，但如果工厂不制造用作凶器的刀，就不会有甲持这把刀杀人的行为。相当关系说的主张是，和结果的发生有相当的概率关系的行为是这个结果的原因。即甲现象存在，乙现象就存在，则甲与乙就是具有因果关系。相当关系说的偏颇之处是以经验法则为判断因果关系的依据。对于因果关系的判断，仅仅采用条件关系而否定相当关系，或仅仅采相当关系而否定条件关系，都是不适当的，只有二者并存，才使刑法理性化。[1]

不作为犯罪与危害结果之间的因果关系的认定与作为犯罪有所差别，应着重从以下几个方面进行分析：

首先，必须确定行为人对危害结果的发生负有特定的避免义务。这种特定的避免义务的存在是决定不作为行为成立的条件，本身并不是因果关系的问题，但它的确定对于判断不作为犯罪中的法律因果关系的有无却是十分必要的，是判断不作为

〔1〕 陈兴良主编：《刑事法评论》（第3卷），中国政法大学出版社1998年版，第233页。

犯罪因果关系的前提。这种义务的来源主要有法律的明文规定、职业上或业务上的要求、先行行为三个方面。其中，先行行为在何种情况下才能引起法律责任，判断起来比较模糊、困难，需要结合具体案情进行具体分析。

其次，行为人必须具有履行这种义务的能力。虽然行为人负有避免危害结果产生的义务，但是确实没有这种能力，强行要求履行这种义务就会给行为人自己带来更加严重的危害，使法律的适用明显违背公平和正义的价值观念。所以，行为人必须具有履行这种义务的能力是确定不作为犯罪因果关系的关键因素。认定不作为与危害结果之间存在法律上的因果关系须注意两点：一是在不作为犯罪情况下，客观上必须存在这种避免的可能性。如果客观上不存在避免这种结果产生的条件，即行为人即使履行了这种义务仍不能避免危害结果的发生，那么履行义务在本质上就是无效的；二是确定行为人当时确实有能力实施积极的行为，阻止客体内部存在的有害可能性向现实性方面转化。如果当时强行履行这种义务，会给自己或他人造成更加严重的危害，这也是不可称作有能力的情况。

最后，正是由于没有履行这种特定的作为义务，才引起了这一危害结果。尽管行为人负有特定的避免义务而没有履行这种义务，但是如果实际结果是由于其他原因独立造成的，与不作为之间没有必要条件关系的，也不能认为这种不作为是实际结果产生的原因。只有正是没有履行这种特定的作为义务才引起了这一危害结果，才可认定为具有不作为犯罪的因果关系。

只有以上三点同时具备，方可认定不作为与危害结果之间存在法律上的因果关系。[1]

---

〔1〕 张绍谦：《刑法因果关系研究》，中国检察出版社2004年版，第272～274页。

不作为犯义务来源问题研究

——以唐某某过失致人死亡案为例

周婉洁*

一、基本案情

犯罪嫌疑人唐某某，女，38 岁，汉族，重庆市某某县人，小学文化程度，农民。

唐某某（系被害人袁某某侄儿之妻），从 2011 年上半年开始与袁某某保持通奸关系。2012 年 6 月 28 日晚 10 时左右，唐某某在某某县某某镇某某村某组自己家中与袁某某发生性关系后，袁某某突发疾病，唐某某将已说不出话的袁某某从家中背至某某村某社某某一乡村公路交叉路口时（位置离唐家大约有 200 多米远），因背不动了便将袁某某放置于路边，拿走了袁某某拴在皮带上手机包包内的 400 余元钱。回到家后，将袁某某留在其卧室里的黄色塑料拖鞋扔到地坝外的草丛里，又想到袁某某的手机与其手机有通话，于是返回放置袁某某的地点，将袁某某的手机拿走丢在路边的草丛里。当天晚上一直下雨，唐某某称袁某某由开始坐起到后来面朝天躺在地上，第一次离开

* 重庆市人民检察院第一分院机关党办。

时还叽叽咕咕发出声音、手在抖、眼睛是睁开的，到第二次返回时手已经抖得不凶了，也没有叽叽咕咕的声音了，但还有呼吸，眼睛是睁开的，最后唐某某回到家已是晚上12时许。次日早上6时许，袁某某被发现死于该放置地点。经重庆市某某县公安局物证鉴定室鉴定：袁某某系大脑左颞叶、左内囊、小脑、脑干多发性出血，脑梗死亡。

本案，公安机关以盗窃罪刑事拘留，检察机关以过失致人死亡罪批准逮捕，后以犯罪嫌疑人唐某某不构成犯罪决定不起诉。

二、争议焦点

本案中，对于犯罪嫌疑人唐某某的行为如何定性，存在三种不同意见：

第一种意见认为，唐某某不构成犯罪。理由是：(1)双方通奸关系是可耻行为，不是法律调整的先行行为，唐某某的救助义务不是法定的救助义务，只是道德层面的要求；(2)及时施救并不必然能救活被害人；(3)发生性关系与死者发病的因果关系不确定。

第二种意见认为，唐某某构成不作为的间接故意杀人罪。理由是：(1)唐某某在农村的下雨天夜晚把突发疾病且已不能说话的被害人袁某某抛弃在乡村公路边，使得袁某某不能得到及时救治，在第二次返回放置地点丢弃手机时，发现被害人无人救治，病情危急，可能死亡的情况下仍不采取措施防止结果发生，给他人生命安全造成危险；(2)行为人有条件采取积极措施防止他人死亡结果的发生却放任不管，听之任之最终致人死亡。

第三种意见认为，唐某某构成过失致人死亡罪。理由是行为人唐某某主观上已经预见到若将被害人弃置可能会发生死亡

的结果，但是轻信被害人会被救助，过高地估计了有利因素，过低估计了不利因素，属于过于自信的过失。

三、观点透析

笔者持第一种意见，并认为要对本案进行准确定性关键是要清楚地界定先行行为引起的不作为故意杀人罪的构成要件。同时结合本案，对涉及的过失致人死亡罪与间接故意杀人罪主观罪过的区分、刑法上的因果关系以及期待可能性等几个问题略作探讨，以求教于同仁。

本案中，唐某某前后有两个阶段的行为，第一个阶段是与袁某某的通奸行为，袁某某在通奸后突发疾病；第二个阶段是将发病的袁某某移至一乡村公路边抛弃不管，袁某某经一夜后于次日凌晨被人发现时已死亡。让我们先来关注后一阶段唐某某移置抛弃行为的性质，分析一下该阶段唐某某在实施行为时的责任要素。

（一）行为人的主观故意

判断行为人是否具有法定的故意、过失时，必须坚持从客观到主观的顺序，同时，适度考虑行为人自身所处社会背景状况，综合人之常情及行为人自身处境来衡定行为人对结果的认识因素与意志因素。在本案中，农村熟人社会中的通奸行为违背社会伦理道德，特别是叔叔和侄儿媳妇之间的乱伦行为所受道德谴责将更加严厉，袁某某死亡就会导致丑闻败露，唐某某显然不希望被人发现其通奸事实，故主观上不会直接追求结果发生，不是直接故意。那么，第三种意见认为唐某某构成过于自信的过失致人死亡是否有依据呢？我们知道，区别间接故意与过于自信过失被称为是“刑法中最困难和最有争议的问题之一”（威尔策尔语），在把握间接故意杀人和过失致人死亡的界

限上，尤为重要的就是对“放任”的理解。

间接故意的“放任”态度，实际上有两层含义：一是行为人虽不希望危害结果发生，但不设法防止其发生，而是采取听之任之、漠不关心的态度；二是行为人这种放纵结果发生的态度，是希望借助其行为实现其他特定目的的愿望过于强烈，主观上根本不考虑是否可以避免结果的发生。反观过于自信的过失，行为人之所以实施其行为，是因考虑到可以避免结果的发生。客观上是否采取防止结果发生的措施，往往是判断行为人是间接故意还是过于自信过失的重要依据，过于自信的过失表现为轻信，而且轻信的内容总是有根据的，即有避免危害结果发生的较大的现实可能性。

本案中，唐某某不仅没有采取措施避免危害结果发生，相反还有两个积极的行为放纵结果发生，一是将袁某某从家中移至乡村公路边抛弃不管，二是因想到袁某某的手机上与其有通话记录而再次返回放置袁某某的地点，此时她所做的不是对人进行救护，而是将袁某某的手机拿走丢在路边草丛里。面对乡村雨夜路上行人极为稀少的时空条件，袁某某已不能行动、不能说话、无法自救的特殊情形，袁某某病情不断加重的发展趋势等诸多不利因素的情况下，唐某某的行为所呈现出来的主观心态不是轻信能够避免危害结果发生、过高估计有利因素，恰恰相反，她返回丢手机的行为表明其已经强烈预感到袁某某可能会死亡，但由于胆怯和自私，掩盖丑闻不被人发现这一特定目的的实现的愿望过于强烈，主观上根本不考虑是否可以避免结果的发生，采取了听之任之、漠不关心的态度，其在自身没有救助能力又不愿向他人或医院求助以免暴露身份的情况下，将袁某某移置抛弃致使袁某某死亡的行为，完全符合间接故意的两个要件，故唐某某并不构成第三种意见的过失致人死亡罪。

（二）唐某某的行为究竟如何定性，是否符合不作为故意杀人罪的构成要件

上文我们分析了唐某某移置抛弃行为的主观心态是一种间接故意的“放任”态度，那么是否就构成第二种意见认为的不作为的间接故意杀人罪呢？这里又涉及一个一直困扰刑法理论和刑事司法实践的疑难问题，即以“不作为”这种特殊行为方式构成的不作为犯，尤其是不纯正不作为犯与罪刑法定主义原则的关系。所谓不作为犯是指行为人在能够履行其应尽义务的情况下，不履行该义务而构成的犯罪，分为纯正不作为犯和不纯正不作为犯，前者如“遗弃罪”，后者如“故意杀人罪”。我国刑法中明文规定了纯正不作为犯，对不纯正不作为犯则没有明文规定，需要理论加以确定。不纯正不作为犯的成立条件，有学者主张应具备五个要件：(1)作为义务，(2)履行义务的可能性，(3)没有履行义务，(4)发生了危害结果，(5)不作为与结果之间具有因果关系。〔1〕

显然，要成立不作为犯罪首先要厘清不作为的作为义务来源问题。不作为犯罪的作为义务来源是指不作为犯罪中，行为人在什么情况下具有防止犯罪结果或犯罪事实发生的义务。关于不作为犯罪的作为义务来源，我国刑法学界有三源说、四源说和五源说。三源说认为作为义务的来源包括：(1)法律上明文规定的义务，(2)职务或业务要求的义务，(3)先行行为产生的义务。四源说在此基础上增加了“法律行为引起的义务”，五源说则增加了“自愿承担的某种特定义务”和“在特殊场合下，公共秩序和社会公德要求履行的特定义务”两种义务来源。目前，四源说已成为我国刑法通说。

---

〔1〕 肖中华：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第363 页。

也就是说，不作为故意杀人罪除了应当具备一般犯罪构成的四个要件外，其构成还须具备行为人负有阻止他人死亡的作为义务这一特殊条件，如果行为人对他人无任何阻止其死亡的特定义务，则根本就不具备成为不作为故意杀人罪的犯罪主体资格。此外，行为人须有履行义务的可能性，即行为人有防止他人死亡结果发生的能力。最后，这种死亡结果是行为人的不作为造成的，不作为行为与他人死亡的结果之间须具有刑法上的因果关系。

综合全案来看，唐某某是否负有作为义务，其后阶段行为是否符合不作为犯的构成要件是本案争议的焦点。根据四源说，本案不存在法律上明文规定的义务，不存在职务或业务要求的义务，亦不存在法律行为引起的义务情形，落脚点在于是否有先行行为引起的作为义务？如果行为人因先前自己的行为给他人的生命安全造成危险，而行为人对此具有认识能力，有条件采取积极措施防止他人死亡结果的发生却放任不管，最终致人死亡，则行为人就构成了基于先行行为的不作为故意杀人罪。下面具体分析唐某某的行为：

1. 先行行为的范围

很明显，按照前面讨论的不纯正不作为犯理论，唐某某的两个阶段的行为分别对应“先行行为”和没有履行义务的“不作为”。那么，何种性质的行为才能成为先行行为，先行行为的范围包括唐某某的通奸行为么？

先行行为也称先前行为，是作为危险状态产生的原因和条件，引起一定法律关系发生、变更或消灭，实质上能够引起刑事法律关系有所变动的法律行为，由此产生的消除危险状态的义务当属推定的法律义务。由先行行为所致的义务决不能脱离

法律规范而存在，并且只能依法律禁止规范的存在而存在。[1]最典型的当属驾驶汽车不慎撞倒行人，致使行人发生生命危险者，负有防止其因伤致死而采取必要措施之义务；又如，某会游泳的成年人带不会游泳的小孩去游泳，使小孩发生淹死的危险。简而言之，先行行为既须行为人本人的行为，又须具有足以侵害他人法益的危险状态存在，且该危险是紧迫的和具体的，是现实的以及法律所禁止的。而无论在我国刑法理论界和司法实践，还是大陆法系对不作为犯理论研究更为成熟的德国和日本都认为，纯粹的道德义务不能成为刑法上的作为义务。

本案中，唐某某与袁某某前阶段的通奸行为系双方自愿行为，因袁某某特殊体质出现大脑多发性出血症状的危险状态，从普通人角度根据日常生活准则，并不能认识到行为具有使危害结果发生的直接性，即两者之间没有必然的因果关系（最终法医鉴定也未确定发生性关系与死者发病的因果关系），该危险不是紧迫的、具体的、现实的以及法律所禁止的，通奸行为不是足以侵害他人法益的危险行为，实际上该结果系偶发性意外事件，不能引发作为义务的产生，唐某某对袁某某的救助义务属于纯粹的道德义务而非刑法上的作为义务。因此，唐某某的“不作为”并不属于违背先行行为所引起义务的情形，而是属于“见死不救”的情形。

2. “见死不救”能否构成犯罪

在危及人身安全或生命的危急事件发生过程中，目击者能救助而不予救助的情形被人们称为“见死不救”。近年来“见死不救”事件的屡屡发生，使得其逐渐与刑法和犯罪联系起来。2001 年第九届全国人民代表大会第四次会议上，刘如琦等 32 位

[1] 于改之：“不作为犯罪中‘先行行为’的本质及其产生作为义务的条件”，载《中国刑事法杂志》2000 年第 5 期。

代表提出议案，建议刑法增设见危不救罪，以通过法律手段打击见死不救的行为。虽说近年来对于“见死不救”行为是否应该用法律来规定，不同学者有不同看法，“否定论”认为“见死不救罪”是道德问题“泛法律化”，不宜混淆道德与法律的界限；“肯定论”认为道德义务与法律义务可以相互转化，道德约束力不从心时法律的介入才是理性的选择。

但对于普通社会公众而言，社会期望更多的人作出更多的亲社会行为，只是道德层面的倡导，不是与社会角色相对应的社会期待。如将作为义务科罪不特定主体，则会使刑罚无限扩大，社会上人人自危。因此，这种不能与社会角色相对应的期待于普通社会公众是没有法律约束力的。“在我国以外的国家或地区，对于犯罪，立法仅仅定性，司法定量处理，我国则不然，立法定性又定量”[1]，所以没有达到足够危害程度的一般社会危害行为不作犯罪认定，而且要严格遵循法无明文规定不为罪的刑法原则，我国尚不存在见危不救罪，故对旁观者实施的“见死不救”行为一般不以犯罪论处。

3. 刑法宽宥的理由是否充分

综合全案，笔者认为第一种意见即唐某某不构成犯罪的意见是成立的。同时，除了唐某某“不作为”不负有作为义务之外，是否还有其他理由可以对唐某某的行为掬一把同情泪呢？笔者想就办理该案时热议的几个刑法理论问题作一番讨论。

（1）行为与结果之间是否具有刑法上的因果关系。因果关系是一种引起与被引起的关系。而实行行为是具有导致侵害结果发生的危险的行为，这种危险不是偶然的危险，而是类型化的危险。本案中，唐某某两个阶段的行为，前阶段的性行为与

[1] 储槐植：《刑法机制》，法律出版社2004年版，第20页。

危险状态之间是偶然的危险，故不具有直接的因果关系，那么后阶段有“放任”故意的行为与死亡结果是否具有直接的因果关系呢?

国外刑法理论界的因果关系学说长期存在分歧，主要存在条件说、原因说、相当因果说、合法则的条件说、重要说及客观归责论等学说。我国传统刑法理论主要存在必然因果关系说与偶然因果关系说的争论。张明楷主张，在由于存在因素等原因，难以认定实行行为合法则地造成了结果的场合，则可以先采用条件关系的公式，再进一步判断结果是不是实行行为的危险的现实化。[1]

套用条件公式“没有前者就没有后者”，判断唐某某后阶段放任不管行为与袁某某大脑多发性出血死亡结果之间，是不是存在没有放任不管就不会死亡的条件关系？借助德国的一个判例来帮助我们理解：被告人甲在一条笔直的6米宽的道路上驾驶着汽车，右侧的乙朝着相同的方向骑着自行车。按规则，汽车与行人应当保持1.5米的距离，但甲只保持了0.75米的距离。而乙则由于饮酒醉倒在车下，被车后轮轧死。法院否认甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系。理由是，即使甲驾驶汽车与乙保持适当距离，发生同样事故的盖然性仍然很高，乙仍然会死亡。本案证人医生的证言证实大脑多发性出血即大面积出血，大面积出血后，压力增大，会压迫脑部的生命中枢，引起死亡。在排除外伤和药物、毒物的情况下，高血压和动脉粥样硬化症是引起脑部多个部位大面积出血的诱因之一，然后，高血压和动脉粥样硬化症患者如果过度吸烟、饮酒、发生性关系更容易引起脑部大面积出血，导致死亡。作为仅具有小学文化水平普

[1] 张明楷：《刑法学》(第4版)，法律出版社2011年版，第175~181页。

通农民身份的唐某某自身无疾病的识别能力和救助能力，即使向他人或医院求助，袁某某大脑多发性出血后死亡的盖然性仍然很高，死亡结果仍然会发生，不存在没有这种不作为，危害结果也就不会发生的条件关系，故应否定行为与结果之间的因果关系。

（2）是否存在“期待可能性”弱失事由。其实在对行为的主观恶性上，刑法同样存在宽容性的问题。如果行为是在行为人无可奈何之情形下实施的，即使在形式上触犯刑律，也不应该成为刑法非难的对象，或应当减轻对行为人的处罚，这就是“期待可能性”的弱失事由（“减弱和丧失”之意）。其理论核心在于“法不强人所难”。〔1〕

期待可能性理论，作为阻却或减轻刑事责任的事由而提出的一个刑法学概念，在德国、日本和我国台湾地区的刑法学界研究较为深入，并逐步得到立法和司法的承认。期待可能性不仅存在有无的问题（是否阻却责任），而且还存在程度问题（是否减轻责任）。研究期待可能性的判断构成，须具备事实要件和价值要件两个要素，其中事实要件中的客观要素，即客观情状的非常性判断尤为重要。日本甚至有学者将“期待可能性弱失”纯粹地理解为“外部情况的异常性”。〔2〕

所谓客观情状的非常性，应当是指存在着对行为人或与其有密切关系人的生存和发展有重大影响的情形，包括人身安全受重大威胁、人格尊严受严重损害等。“客观条件之非常情况，在现实生活中表现得相当复杂，但其本质总是行为人所面临的

〔1〕 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第220页。

〔2〕［日］野村稔：《刑法总论》，何力译，法律出版社2001年版，第314～315页。

两个以上法益的尖锐冲突"[1]，无奈之下为保存其中一个利益而损害其他利益，这时，行为人选择适法行为存在着阻碍因素，虽然主观上存在着故意或过失的心理，但其在刑法上的主观恶性明显要比处于正常条件下实施同样的行为轻些，·在刑事规范上属于可谅解的行为，从而应减轻或免除其刑事责任。

本案中唐某某与袁某某系叔叔和侄儿媳妇之间的乱伦通奸行为，严重违背社会伦理道德，如果被人发现所受道德谴责将十分严厉，在深夜遭遇袁某某突发疾病危及生命的危急事件时，唐某某面临两个选择：要么自保将袁某某偷偷移至公共场所以免被他人发现隐私；要么找人帮助救治或告诉其家人而被发现两人不道德关系。在自身人格尊严、生存条件将受严重损害与他人人身安全受重大威胁的尖锐的利益冲突之下，农村妇女唐某某选择了自保。人都具有一种"趋利避害"的本能，在人的本能和社会利益相冲突时，必须对前者给予充分的关注，这是刑法生命力之所在。英国大法官科克说："情理是法的生命。"假定一般人处于唐某某当时的地位下，我们能否期待多数人不实施唐某某的"不作为"，亦即合法行为的期待不可能？在期待不能的情况下，并非行为人完全没有避免该行为的能力，只是若一般人遇到该客观情状，要遵守法律都会感到巨大的困难时，刑法从其宽容性的价值标准出发予以宽宥而已。

（3）被害人有无过错责任。在刑法学领域研究被害人过错问题，主要意义在于探讨其对犯罪人刑事责任的影响，一般认为，被害人过错影响刑事责任的表现就是：在某些特定犯罪案件中，被害人自身存在的过失和错误（例如被害人对犯罪人有不法或不道德行为）可能成为对犯罪人减轻刑事制裁的情节而

---

[1] 何泽宏、庄劲："事实与价值：罪过评价的二元视角"，载《西南政法大学学报》2000 年第 4 期。

予以考虑。西方学者提出了“分担责任说”和“谴责性降低说”。我国刑法典虽然没有明确规定在被害人有过错时，对加害人可以减轻或免除刑事责任，但司法实践中却不自觉地在运用这一理论。例如交通肇事罪中，行人不遵守交通规则造成人身伤害等后果的，是可以减轻肇事司机的刑事责任的。

本案中被害人袁某某63岁，患有高血压，作为长者以叔叔身份跟侄儿媳妇长期通奸，案发当晚更不顾下雨自行从敬老院前往唐某某住处与其发生性行为，实施的是违反社会公共道德的行为，同时，其自身对突发疾病有疏忽大意、不适当的行为，对发生不幸结果本身有可能加以预防而没有预防，导致了他发病死亡的危险性增强，对后来唐某某害怕通奸关系暴露而采取移置抛弃的动机与行为具有诱发性，因此，被害人袁某某存在过错。

总之，要对本案准确定性，关键在于对不作为犯义务来源问题的准确把握。纵观大陆法系的不作为犯罪义务理论的发展轨迹，呈现出从单一的作为义务根据向多元的作为义务根据方向发展，从形式走向实质，并力求达到形式和实质的统一。与此相比，我国传统作为义务理论，已经越来越难以适应司法实践的需求。我国可以借鉴大陆法系不作为犯罪义务来源扩大的方法与实践，从中探索解决传统不作为犯罪义务理论困境的出路。

被害人行为介入情况下刑法因果关系及刑事责任归咎

——以樊某某抢劫案为例

陈振东[*]　徐　浩[**]

一、基本案情

2012年10月29日2时左右，被告人樊某某采用溜门入室的方式，进入储某某位于重庆市某某区某某街道上湾路某号某幢某单元某室厨房伺机窃取毒品时，被储某某发现，樊某某为抗拒抓捕，手持菜刀先后朝储某某头部、颈项部等部位猛砍十余刀，致储某某无法反抗，随后，樊某某将储某某拖入卧室床上，并劫得人民币600元、手机1部等物。作案后，樊某某见被害人储某某未死亡，为防止其呼救、报案，将储某某锁在卧室后离开现场。期间，储某某为自救，在采取扔东西下楼没有吸引救助的情况下，于2012年10月30日晚翻窗坠楼死亡。经法医鉴定：储某某系高坠死亡，但是，被害人生前存在大量失血的情况，对生命健康有重大影响，损伤及失血导致其行动能力及自救能力下降，根据损伤情况和现场环境来分析，如未及时

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。
** 西南政法大学刑法学硕士研究生。

有效救治，可导致死亡。

一审法院判决认为：公诉机关指控樊某某故意杀人罪的犯罪事实、罪名、情节成立。审判机关依照《中华人民共和国刑法》第269条、第263条第1及5项、第67条第3款等之规定，判决：樊某某犯抢劫罪，判决死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

二、争议焦点

本案对于行为人构成何罪并无争议，但是，对于行为人是否应当承担被害人死亡结果的刑事责任存在不同看法。究其本质，是对行为人的行为与死亡结果之间的因果关系认识不同，本案被害人自救行为能否中断被告人的抢劫行为与被害人死亡结果之间的因果关系？被害人因自救而跳楼的死亡结果是否应归咎于被告人的抢劫行为，即被告人应不应该承担致人死亡的刑事责任？

一种观点认为，被害人的坠楼死亡结果与被告人的行为之间存在因果关系，应对死亡结果承担刑事责任，从被害人的伤情来看，法医鉴定很明确，得不到及时有效的救治就会死亡；从得到及时救治的可能性来看，被害人无正常离开寻找救治的可能，只能选择翻窗自救的办法。被害人翻窗自救的行为作为介入因素，是非异常的介入因素，并未中断被告人的行为与被害人的死亡结果之间的因果关系，行为人构成抢劫罪的结果加重犯。

另一种观点认为，被害人的坠楼结果与被告人的抢劫行为之间没有直接的、必然的因果关系，被害人有能力有机会获得救助的情况下，跳窗坠楼的行为作为介入因素具有偶然性，阻断了被告人的抢劫行为与死亡结果之间的因果关系，所以，被

告人不应对被害人的死亡结果承担刑事责任。

三、观点透析

因果关系，是刑法构成要件客观方面的要素之一，它的认定对行为人刑事责任的认定至关重要。但是，因果关系的认定问题一直是刑法学界的争议问题之一，而介入因素下的刑法因果关系让该问题变得更加复杂，给司法实践带来了很大的困惑，导致司法实践中定罪量刑的混乱。因此，在类型化研究思想的指导下，结合刑法理论上关于因果关系的学说，立足于我国的司法实践，探讨和明确被害人的行为这一介入因素对刑法因果关系的判断规则，对于指导刑事司法实践，促进司法公正具有一定的现实意义。本案中行为人抢劫行为发生后，将被害人反锁卧室内，致使被害人跳楼自救坠亡，争议的焦点问题可称为被害人行为介入情况下的因果关系问题，下面针对该问题予以探讨。

（一）刑法中因果关系的理论沿革

中外刑法学界关于刑法因果关系问题争议颇大，在大陆法系理论学说上，经历了条件说、原因说、相当因果关系说、客观归责理论的学说变迁。在我国传统刑法理论中，主要有必然因果关系说和偶然因果关系说。

一是“条件说”。实行行为与危害结果之间存在“没有前者，就没有后者”的逻辑关系，是认定因果关系的重要依据。这里的行为必须是刑法意义上的实行行为，危害结果是现实产生的具体的危害结果，而不是抽象的危害结果。而且，所有的条件具有同等的价值。从司法操作的角度来看，这种判断因果关系的方法具有“明确性和一义性之优点”[1]，便于司法操

---

〔1〕［日］川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 35 页。

作。但是，“条件说”不能完全解决刑法上的因果关系问题，存在一定的缺陷。首先，依据这样的逻辑推理公式会有扩大因果关系的范围之嫌；其次，行为人的实行行为与介入因素对危害结果的发生的作用力是不同的。而“条件说”对条件的作用力不加区分，视所有的条件都具同等价值，无法区分刑事责任的大小。针对“条件说”的缺陷，德国刑法学家李斯特提出了“因果关系中断论”，认为在因果关系的发展进程中，如果存在介入因素，致使原行为与危害结果之间的因果链条中断，那么新的介入因素就阻断了原行为与危害结果之间的因果关系。对于“因果关系中断论”，学界存在诸多批判的声音，认为刑法中因果关系只有存在与不存在的情况，“条件说”既然承认存在因果关系的条件关系，在存在介入因素的条件关系下，又提出因果关系的中断，这是自相矛盾的。

笔者认为，无视“条件说”中的逻辑因果关系，就无法全面认定刑法中的因果关系，而完全依据“条件说”，认为只要存在条件关系就肯定刑法的因果关系，也是不合理的。所以，在“条件说”的指导下，通过一定的规则限制因果关系的成立范围。在樊某某抢劫案中，依据“条件说”，行为人的抢劫行为与被害人的死亡之间存在事实因果关系，至于是否被评价为刑法上的因果关系，必须进行实质性的价值判断。

二是“原因说”。该说认为，在引起危害结果的诸多“条件”中，选出作为原因的“条件”，该特种意义上的“原因”与危害结果才存在刑法意义上的因果关系。根据“原因”的判断标准的不同，“原因说”包括最重要原因说、决定原因说、直接原因说、必生原因说。司法实践中，案件中危害结果的发生往往是在诸多条件下共同导致的，而“原因说”仅仅适用一个标准，显然是不合理的，此外，挑选作为原因的条件，在司法

实践中难以操作，如何区分原因与条件是困难的。所以，“原因说”难以成为通说。

三是“相当因果关系说”。所谓“相当性”是指，依据社会生活经验，该危害行为产生该危害结果是通例，是正常的，而非异常的。“根据社会一般人生活上的经验，在通常情况下，某种行为产生某种结果被认为是相当的场合，就认为该行为与该结果具有因果关系。”〔1〕但是，对于“相当性”的判断，存在不同的主张，主要有客观说、主观说、折衷说三种主张。客观说判断“相当性的”的依据在于行为人行为时和行为后的与危害结果有关系的事实来判断因果关系的“相当性”，判断基础基于客观存在的情况，以一般人的预见能力为标准。主观说依据行为人行为当时所认识的事实或可能认识到的事实来判断因果关系，以行为人的标准为判断标准。折衷说依据行为人行为时一般人所预见的事实及行为人特别认识的事实为基础来判断因果关系的“相当性”。

笔者赞同客观的相当因果关系。首先，在条件因果关系的前提下，以“相当性”为标准，挑选出一般社会观念上能够归属于行为人的结果，可以合理地限定因果关系的成立范围；其次，“主观说”和“折衷说”都与因果关系的客观性相矛盾，因果关系“相当性”的判断取决于行为人或一般人认识的有无，违背了刑法因果关系的客观特征，使得这种“相当性”的判断具有不确定性；最后，“主观说”和“折衷说”都没有充分考虑行为后的因果关系进程，最为重要的就是存在介入因素情形下的因果关系问题，故客观的相当因果关系考虑行为后的事实是必要的，就樊某某抢劫案来说，行为人的抢劫行为发生后，

---

〔1〕陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 132 页。

介入被害人的跳楼行为，如果不将被害人的行为考虑进来，就无法全面说明被害人的死亡结果是何种原因所致。而对于客观的相当因果关系而言，关键在于怎样正确判断介入因素对因果关系进程的影响。

四是客观归责理论，该理论将因果关系问题与归责问题相区别，两者是相互独立的范畴。客观归责理论以“条件说”为前提，在引起危害结果的行为中，“只有当行为制造了不被允许的危险，而且该危险是在符合构成要件的结果中实现（或在构成要件的保护范围内实现）时，才能将该结果归责于行为”。[1] 德国刑法理论和日本的部分学者以及我国的部分学者普遍支持客观归责理论，客观归责理论将归因性与归责性相区别，因果关系是一种事实性的归因判断，功能在于为归责判断提供客观材料。客观归责理论将“不被允许的风险”作为因果关系的判断的基础，为因果关系的认定提供了一种逻辑思维方法，但是，究竟什么才是刑法意义上的“风险”、“允许”、“不允许”，这些都是存在争议的问题。此外，客观归责理论究竟是一种理念还是理论，值得我们深思。

在我国传统的刑法理论上，主要的研究重点是“必然因果关系说”和“偶然因果关系说”。这种必然说、偶然说明显带有浓厚的哲学色彩。“必然因果关系说”认为，危害行为中有产生危害结果的内在根据，并且合乎规律地导致危害结果发生时，这种危害行为与危害结果之间是一种必然的因果关系，而且认为只有必然因果关系才是刑法上的因果关系。“必然因果关系说”的缺陷是：第一，危害行为合乎规律地产生危害结果的标准难以把握，仅对部分案件具有可操作性；第二，否定偶然的

---

[1] 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第177页。

介入因素导致危害结果的情形，忽视介入因素不当缩小了处罚的范围。"偶然因果关系说"认为，当危害行为本身并不具有产生危害结果的内在根据，由于偶然的介入因素而发生危害结果时，介入因素与危害结果之间是一种必然的因果关系，而将危害行为与危害结果之间的关系认定为偶然的因果关系，认为必然因果关系和偶然因果关系都属于刑法上的因果关系。该种学说考虑了介入因素对因果关系的影响，但是，"偶然"缺乏明确的判断标准，而且这种必然与偶然之争导致刑法因果关系落入哲学窠臼，判断标准不一，无法正确地指导司法实践。

综合以上几种观点，针对因果关系的判断，笔者赞同客观的相当因果关系，以条件说为前提，以条件说提供的判断客体，运用客观的相当因果关系理论，对介入因素进行实质判断，被害人行为的介入作为相当性因果关系的判断要素之一，需要综合考虑以下三方面的情形："(1)最早出现的实行行为导致最后结果发生的可能性的高低，(2)介入因素的独立性（或称为异常性大小)，(3)介入因素对于结果发生的的作用。"[1] 下文针对本案结合客观的相当因果关系详细分析。

（二）被害人行为介入情况下刑法因果关系的类型化思考

对于介入因素能否中断原行为与结果之间的因果关系，是判断行为人能否承担危害结果刑事责任的关键因素之一。为了深入研究介入因素下的刑法因果关系，笔者重点对被害人行为介入因素下的刑法因果关系进行类型化研究。所谓被害人介入因素下的刑法因果关系问题，是指在因果关系的发展进程中，行为人实行行为实施后，介入了被害人自己的行为，使得危害行为与危害结果之间的距离扩大，影响因果关系认定的问题。

---

〔1〕 黎宏：《日本刑法精义》，法律出版社2008年版，第114页。

司法实践中，被害人行为介入因果关系的类型多种多样，不同类型的被害人行为的介入，对因果关系的进程影响不具同一性，最终影响到因果关系的判断。例如，本案中，被害人跳楼自救行为区别于引起被害人自杀的情形，在基本行为引起加重结果的情形中，区别出于自救而致死与被害人自杀的情形，导致加重结果出现的情形，不能一概地认为行为人都要对加重结果承担刑事责任。在因果关系上，虽然行为人的基本行为与加重结果之间存在事实的因果关系，但不必然是刑法上的引起与被引起的关系，即不具有相当性。其次，这种因为被害人自己单独的行为引起被害人自杀的情况，与因为行为人的行为导致自杀的情况，性质是不同的，即自杀行为的独立性大小不同。最后，从刑法的价值来看，刑法作为一种法律形态的文化规范，也不应认同和支持被害人对自己情绪的失控，这是提高国民心理素质的要求。因此，探讨不同类型的被害人介入情形十分必要。

根据不同的标准，有不同的被害人行为介入类型，笔者根据被害人行为时有无意识，将被害人行为分为有意识的被害人行为和无意识的被害人举动。[1] 被害人有意识的行为又可以分为自由行为、受控行为和强制行为。下面分别予以讨论。

1. 被害人的自由行为。在这种情况下，被害人的自由行为是在自己独立的意志自由支配下进行的，独立于先前的行为人的行为而且是异常的行为，但是并不是说被害人的行为完全不受行为人的原行为的影响，只是这种影响或干预甚小，被害人的行为是一种偶然的介入因素，被害人基于行为人的行为影响后，选择余地较大，行为人的先前行为并不必然会引起危害结果。例如，寒冷的冬天，某甲为了取乐将 100 元扔入冰冷的湖

---

〔1〕 鉴于刑法上的行为是指行为人在其意识支配下的身体动静。这里讨论的被害人的行为是广义上的被害人行为，包括行为人无意识下的举动。

中，某乙跳入湖中捡钱致使溺亡，应否认甲的行为与乙的死亡结果之间存在刑法上的因果关系。[1] 从因果关系的相当性来看，依据一般人的经验，行为人的行为并不“相当”地产生这种危害结果，被害人有独立意志自由的情况下致使危害结果发生，虽然被告人的行为对被害人的行为有一定的影响，但是不能改变被害人的意志自由，危害结果的发生最终的原因力是被害人的自由行为，而非行为人的行为。对于被害人的自我损害情况，行为人对因果关系的帮助退到了次要的地位。[2]

2. 被害人的受控行为。被害人的行为在相当程度上受制于行为人的先前行为的控制或影响，并不具备完全的意志自由。例如，行为人将被害人拉入车内强奸，在车行驶的过程中，被害人为了逃脱，跳出正在行驶的车辆导致重伤，在此种情况下，被害人的行为就是一种受行为人的先前行为控制的行为，行为人并不具备完全独立的意志自由。依据一般生活经验法则，被害人做出这种逃离危险的行为受到之前行为人的行为的干预，不属于异常的介入因素，是一般人能够预见到的事实。应当肯定行为人的行为与被害人的重伤结果之间因果关系的“相当性”。在樊某某案件中，这种导致被害人死亡结果的行为并非纯粹的偶然，被害人被反锁在卧室内，严重失血的情况下，选择跳楼自救的行为，不是偶然的行为。而是从属于行为人行为的行为，这种受控行为的介入，没有阻断行为人的抢劫行为与危害结果之间的因果关系。

3. 被害人的强制行为。由于被告人的行为致使被害人难以选择做出合理的行为，在不得已的情况下做出的行为，被害人

---

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第186页。

〔2〕［德］汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书总论》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第338页。

的行为完全受控于被告人的先前行为，例如，被告人将被害人的衣服点燃，被害人为了灭火不得已跳入湖中溺亡。行为人的先前行为使被害人处于一种危险的状态中，被害人的意志能力受到限制，被害人没有意志自由来选择自己的行为的能力。被告人的先前行为与危害结果之间存在刑法上的因果关系。类似的情况又如陈智勇故意伤害案〔1〕，在本案中，被告人在室内拿刀砍被害人，结合当时的环境，被害人选择跳楼的行为是在十分危险状态下的被迫选择，符合一般人的经验逻辑，被告人的行为与被害人的死亡结果之间存在刑法上的因果关系。被害人被迫行为介入的情况下，是在现实紧迫危险状态下不得已的选择，是符合一般人经验认识的行为，从樊某某抢劫案来看，被害人在遭受大量失血，面临生命危险的严重危险状态下，自救能力下降，被反锁在卧室内，在往窗外扔杂物意欲引起路人注意而获得救助无果的情况下，选择跳楼自救的方式，并没有超出一般人的经验逻辑，因此，被害人的跳楼行为没有阻断被告人的抢劫行为与被害人死亡结果之间的因果关系。即便行为人无法预见到危害结果的发生，也不能否认行为人的行为与危害结果之间的因果关系，因果关系问题与罪过问题无关，是否希望已经预见或应当预见某一事实与他是否引起该事实是两个不同的问题。〔2〕

---

〔1〕 2004年4月13日，陈智勇酒后回到暂住屋3层楼道处，因故与费春林、路忠、樊士方、庞永生等人发生争执，被害人费春林曾对陈智勇进行过殴打，后被人劝开。此后，陈智勇图谋报复，纠集张坤等人返回住处，陈智勇和张坤等人持刀破门闯入费春林、路忠、樊士方的住处，致使费春林、路忠、樊士方从3层的窗户跳下，导致2人死亡1人轻伤的结果。北京市第二中级人民法院刑事判决书（2005年）二中刑初字第23号。参见北大法宝司法案例库，载www/vip. chinalawinfo. com.

〔2〕［英］J. C. 史密斯、B. 霍根：《英国刑法》，马清升译，法律出版社2001年版，第51页。

4. 无意识的被害人的举动。对于无意识的被害人的举动，可以分为自始无意识的被害人的举动和被害人因行为人的先前行为而丧失意志自由的举动，前者例如，被告人拐卖完全丧失辨认或控制能力的精神病人的被害人的案件，被害人独自在房间内不慎从窗户跌落坠楼身亡的情况，被害人无意识的举动不能中断原有的因果关系，后者例如，被告人殴打被害人，被害人头脑发晕，在无意识的状态下，失足跌落悬崖坠亡，此种情况下，被害人是在无意识的情况下的举动，被告人的殴打行为与被害人的死亡结果之间存在刑法上的因果关系。被害人无意识的举动是因为行为人的危险的行为所引发的，行为人的行为与危害结果之间的因果关系不因被害人无意识的举动而中断。

（三）被害人行为介入情况下刑法因果关系的认定

依据条件说，认定行为人的抢劫行为与被害人跳楼自救坠亡的危害结果具有因果关系，并不存在疑问，但是这种因果关系是否具备“相当性”，需要具体的判断标准。笔者认为，分析被害人介入情形下的因果关系问题，需要根据上文提及的介入因素下相当因果关系的“相当性”的标准，结合案件的具体情况综合分析。

第一，行为人的先前的危害行为包含危害结果发生的概率大小。本案中，被告人用刀砍伤被害人，致使被害人大量失血，继而将被害人反锁在卧室内，这种实行行为的危害性极大，导致被害人死亡结果的可能性较大。危害结果发生的可能性大小，很大程度上取决于行为人的实行行为的危害性的大小。我国刑法规定抢劫罪中的加重情节“致人重伤或死亡”。本身就表明抢劫行为本身所具有的导致死亡危害结果的可能性较大，结合本案的具体情节，被害人生前存在大量失血的情况，对生命健康有重大影响，损伤及失血导致其行动能力及自救能力下降，根

据损伤情况和现场环境来分析，如未及时有效救治，可导致死亡。所以，必须充分考虑行为人的先前的危害行为导致危害结果发生的概率性大小。

第二，行为人的先前的危害行为对危害结果的发生起到何种程度的作用。考虑行为人的先前的危害行为对结果发生的作用，可以与被害人的行为对结果的作用做比较。分析作用力的大小对认定因果关系具有重要的作用。就本案而言，被害人的死亡的危害结果是因为被害人的跳楼行为直接引发的，但是，从各个因素对结果发生的贡献大小来看，行为人的危害行为对被害人的死亡起到关键性的作用，被害人生命处于极度危险的状况下，在求助无果的情况下，被迫选择跳楼的行为自救，被告人的抢劫行为以及将被害人反锁卧室内的行为对被害人的死亡结果起到了很大的推动作用。正如山口厚教授认为，“如果被害人的行为显著的不自然、不相当另当别论，只要不属于上述情况，既然实施了使被害人除了逃脱别无选择的这种暴行，就能够认为暴行的危险以逃走过程中被害者的行为为媒介的现实化为死亡结果，也就能够肯定其因果关系的存在了”。[1] 即认为危害结果的发生是行为人的暴力行为造成了法不允许的危险，被害人跳楼自救的行为是行为人危险行为的延续。

第三，被害人行为介入的异常性大小。本案的介入因素是“被害人跳楼自救行为”，在判断行为人的原行为与被害人的死亡结果之间的因果关系时，针对被害人跳楼自救的行为，有人提出质疑，认为根据被害人所处的时间和空间的环境来看，行为人没有必要选择跳楼的行为来自救，这是异常的介入因素，因为存在被害人被发现或者被救助的可能性。笔者认为，这是

---

〔1〕［日］山口厚：《从新判例看刑法》，付立庆、刘隽译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 12 页。

不妥当的解释。首先，我们在认定因果关系时，一定要在坚持因果关系客观性的基础上，考虑各种事实要素，以现实并不存在的假设条件来判断因果关系的有无，是不合理的。其次，所谓介入因素的异常性大小，即介入因素在通常性的情况下发生概率的大小。判断介入因素在通常情况下发生概率的大小，需要看与先行行为的紧密程度，看介入因素的独立性与否，分为先行行为必然导致介入因素的发生、先行行为通常导致介入因素的发生、先行行为很少导致介入因素的发生和先行行为与介入因素无关。结合本案来看，被害人在遇到生命危险的状态下，从当时的时空环境来分析，被害人的跳楼自救行为是可以被理解的，如果当时被害人在卧室内没有被反锁，完全可以通过走出卧室，到室外求助的情况下，那么被害人选择跳楼的行为就是不可以被理解的，是异常的，但是，从本案来看，被害人正是在被反锁的室内，情况紧急，在各种合理的求救方式无果的情况下，选择跳楼的行为，结合案件的当时环境，这是可以被理解的行为，此时，我们不能期待被害人选择更多的方式来获得救助，所以说，被害人的这种选择不具有异常性。

第四，被害人的行为介入对危害结果发生的作用力的大小。除了考虑介入因素的独立性之外，还需考虑介入因素对危害结果发生的作用力的大小。如果介入因素具有较大的独立性，且对危害结果的发生作用较大，则介入因素阻断先行行为与危害结果之间因果关系的可能性就越大。本案中，被告人的暴力行为给被害人造成了重伤的结果，法医鉴定，被害人存在大量失血的情况，如未及时救助将面临生命危险，被告人的先行行为已经给被害人造成了相当严重的危害结果，被害人在封闭的时空环境中，尝试各种求救方法没有成功后，不得已选择跳楼自救的行为而导致坠楼身亡的行为对被害人死亡的危害结果的作

用力很小，只是将死亡的危害结果提前，虽然介入因素是死亡的直接原因，但是结合各种客观事实要素来看，与被告人的先行行为相比，被告人的先行行为与死亡的危害结果之间具有“相当性”的因果关系，介入因素并未阻断原有的因果关系。

在樊某某抢劫案中，争议的焦点问题是被害人行为介入因素下的因果关系的认定问题。笔者认为，虽然本案中存在被害人跳楼自救的行为，而且直接导致死亡危害结果的发生，但是这种介入因素没有阻断原有的因果关系，与危害结果之间不具“相当性”，该介入因素是由被告人的先行行为引发的，综合考虑先行行为的危险性，介入因素的异常性及对危害结果的作用力，被害人的自救行为对危害结果发生作用力是次要作用，被害人跳楼自救行为并非异常的介入因素，以“条件说”为前提，根据客观的相当因果关系理论，笔者认为，在樊某某案件中，樊某某的抢劫行为与被害人储某某的死亡之间存在刑法上的因果关系。

（四）被害人行为介入情况下刑事责任的归咎

探讨被害人介入因素情况下的刑法因果关系的认定问题，最终目的是为了解决行为人的刑事责任的承担问题。当前关于因果关系的学说中，承认因果关系的归因性是毫无疑问的，但是，对于因果关系是否具备归责性的功能还颇有争议。关于刑法因果关系的学说存在一个通病，即没有理清和明确因果关系与刑事责任的关系问题，导致因果关系的认定失去了认定的意义。笔者认为，刑法中的因果关系是客观方面的内容，是行为人承担刑事责任的客观依据和前提。“因果关系的自然科学的范畴，只能提供外部的框架，而不能提供结论性的答案。”〔1〕因

---

〔1〕［日］山口厚：《从新判例看刑法》，付立庆、刘隽译，中国人民大学出版社2009年版，第12页。

果关系的认定是行为人承担刑事责任的必要条件，行为人的危害行为与危害结果之间具有因果关系，行为人并不必然承担该危害结果的刑事责任，不能将因果关系与刑事责任等同，是否承担刑事责任，还须结合犯罪的其他构成要件，主观方面是否具备故意或过失。针对樊某某抢劫杀人案件，在犯罪的过程中，介入了被害人跳楼自救导致死亡的行为，肯定了行为人的抢劫行为与被害人死亡的危害结果具有刑法上的因果关系，虽然储某某的坠楼死亡结果不是樊某某的直接行为所致，但是，储某某翻窗坠楼自救的行为是樊某某的行为所致，抢劫后为了防止被害人呼救、报案而将其反锁在卧室导致被害人不得已翻窗坠楼。对于死亡的结果，被告人主观上能够预见到死亡结果的发生，并且放任这种死亡危害结果的发生，具有间接的故意。根据刑法的主客观相一致原则，被告人应当对被害人的死亡结果承担刑事责任。

针对樊某某抢劫案中被害人行为介入情形下的因果关系问题，笔者认为，结合刑法理论上关于因果关系的认定的学说和我国的司法实践，认定被害人行为介入因素下的刑法因果关系，要在区别不同类型的被害人行为的介入因素情况下，以“条件说”为前提，采用“相当因果关系”理论，站在客观的立场，综合分析行为时和行为后的客观事实来认定因果关系，对介入因素的异常性，介入因素对结果的作用力，以及先行行为的本身的危险性进行综合分析，从整体上把握因果关系的“相当性”，从而准确认定究竟是何种因素与危害结果之间具有刑法上的因果关系，准确归因。此外，将因果关系问题与归责问题相区分，行为人的行为与危害结果之间具备刑法上的因果关系，并不必然等同于承担刑事责任，只是行为人对危害结果承担刑事责任的客观依据或前提。

习某某过失致人死亡案：多因一果案件中因果关系的认定·行为人主观罪过的认定

罗　婷*

一、基本案情

被告人习某某，男，1964 年 11 月 23 日出生，农民，因涉嫌故意杀人罪，于 2011 年 11 月 2 日由某市某区公安分局执行逮捕。

某市某区人民检察院以习某某、佘某某犯过失致人死亡罪向某市某区人民法院提起公诉。审理过程中，佘某某因病于 2013 年 3 月 7 日死亡，法院裁定对佘某某过失致人死亡罪一案终止审理。

某市某区人民法院经公开审理查明：被告人习某某系佘某某的妹夫。1998 年 2 月 8 日，佘某某到习某某位于某市某区某镇塔堡村（现两岔湖村）的家中做客。当日下午，习某某到两岔水库买鱼，回家时将水库的小船擅自划回家。

当日 21 时许，被害人杨某（本案死者，殁年 22 岁）、蒋某某（本案死者，殁年 33 岁）与张某某、蒋某本、汤某、陈某

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

某、刘某某等两岔水库的工作人员到刁某某家里索要小船时与刁某某发生争执。随后刁某某、刁某学（已死亡）、佘某某与杨某、蒋某某等人在刁某某家的院坝和距离刁家院坝约三十米的两岔水库边老街码头处发生打斗。其后杨某、蒋某某等人四散逃跑。杨某、蒋某某及刘某某沿两岔水库边逃跑。被告人刁某某及佘某某、刁某学开始追赶杨某等人并在追赶途中高呼“打强盗、捉到”等话语，后被告人刁某某及佘某某先后停止追赶，但附近部分村民听到喊声后继续追赶杨某等人，杨某、蒋某某、刘某某三人为逃避追赶被迫跳入水库内，后仅刘某某上岸逃离，次日在两岔水库中发现杨某、蒋某某的尸体。

法院认为，被告人刁某某与被害人杨某、蒋某某等人发生纠纷后，追打被害人，并呼喊“打强盗”等话语致使不明真相的群众进行追赶，其应当预见追逐行为可能致使被害人死亡，因疏忽大意而未能预见，造成被害人蒋某某、杨某死亡的后果，其行为构成过失致人死亡罪。

审理中，被告人辩称案发当晚虽与被害人发生抓打，但并未造成伤害，且在追赶过程中仅跑了二三十米，没有喊打强盗，也未看见有人跳水，其行为不构成犯罪。辩护人提出被害人的死亡系跳入水库后，周围群众阻止其上岸所致，被告人并未安排群众阻止被害人上岸，且被告人的追逐行为不足以迫使二人跳入水中，被告人也无法预见二人会有跳水行为。

法院审理认为，刁某某在案发时“打强盗”的事实有佘某某、刘某某等人证言证实，足以认定，本案在案证据虽不能证实刁某某追逐被害人至跳水地点，但足以证实被告人刁某某对被害人进行了追赶，刁某某在主观上应预见其追赶及呼喊“打强盗”的行为，会引发其他村民加入追赶，在冬天的深夜，这种多人追逐行为可能致伤或致死被害人，而其未能预见，客观

上正是习某某及佘某某及其他村民的追赶行为，致被害人杨某、蒋某某为逃避追赶跳入水中并发生了死亡的后果；同时本案并无充分证据证实被害人杨某、蒋某某的死亡系岸上群众阻止二人上岸所致，因此，习某某应当对二被害人的死亡后果承担相应的刑事责任。综上，对被告人习某某及辩护人提出被告人不构成过失致人死亡罪的辩护意见不予采纳。

辩护人提出被害人组织多人深夜前往被告人家的行为系事态扩大及失控的原因，被害人有一定过错。

法院认为因被告人习某某擅自将水库的船划走，系本案的起因，被害人的处置行为不构成刑法意义上的过错，对该辩护意见不予采纳。

依照《中华人民共和国刑法》第233条的规定判决被告人习某某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑五年六个月。

一审宣判后，被告人在法定期限内没有上诉，检察机关也未抗诉，判决发生法律效力。

本案部分证据的几点说明：(1)对于在被害人跳入水库后，在岸边是否有人阻止其上岸的事实。有与被害人一起的证人刘某某、张某明证实当时有人在岸边阻止被害人上岸，但参与追赶的村民没有人证实该事实。其中一个村民袁某某证实曾听到习某学在河边喊“淹死他”，但该证言未得到其他在场村民的印证。(2)与被害人一起的其他人员，除刘某某以外，其他人员的逃生线路并未沿水库逃跑，而是往其他方向逃跑。

二、争议焦点

本案的争议焦点共有两个：其一是被告人的行为与被害人的死亡结果之间是否具有因果关系，其二是被告人的行为是否应当承担刑事责任。在本案的处理过程中共形成了三种不同的

意见：

第一种意见认为，刁某某的行为与被害人的死亡后果之间具有直接的因果关系。正是刁某某等人的呼喊行为导致不明真相的村民追赶被害人，而村民的追赶导致被害人慌不择路、被迫跳入水中逃生，因此村民的追赶以及被害人跳水的行为均是由刁某某的呼喊行为引起的，刁某某与被害人的死亡结果之间，存在无前行为即无该结果发生的关系，因此二者之间具有因果关系。

刁某某明知被害人一方不是强盗还呼喊“打强盗”，其主观上具有伤害被害人的故意，客观上利用不明真相的村民帮助其实施加害行为最终造成被害人死亡的后果，刁某某应当构成故意伤害罪。

第二种意见即本案法院的判决理由。在被告人的行为与被害人死亡结果具有因果关系这一点上与第一种观点一致。同时，认为被告人呼喊“打强盗”后应当预见可能造成被害人为逃避追赶而跳入水库进而发生被害人死亡的后果，但其疏忽大意而没有预见，因此其行为应当构成过失致人死亡罪。

第三种意见认为，刁某某的行为与被害人的死亡后果之间不具有刑法意义上的因果关系。刁某某的呼唤行为虽然引发了不明真相的村民的追赶，但是被害人跳水的行为是被害人自己的选择，而并不是由村民的追赶行为所必然导致的，因为与被害人一同被追赶的其他人在逃跑途中并未选择与被害人同一逃生线路，说明在被追赶途中逃生线路并不唯一，而被害人选择跳入水库是其自身的选择，这一异常因素的介入，阻却了刁某某的行为与被害人死亡结果之间的因果关系。且从被害人落水之后的情况看，死亡结果也非必然发生，从与被害人一同跳入水中的证人刘某某获救来看，死亡结果并不必然发生，且本案

中对于岸边是否有人阻止被害人上岸的事实证据存疑，如果有人阻止，则阻止行为才是被害人的死亡结果发生的原因行为。根据疑罪从无的原则，应当认定习某某的行为与被害人死亡结果之间不具有刑法意义上的因果关系。

既然二者不存在刑法意义上的因果关系，就不能将被害人死亡的结果归责于习某某，因此习某某不构成犯罪。

三、观点透析

（一）多因一果案件中的因果关系认定

笔者认为，本案中被告人的行为与被害人死亡结果之间具有刑法意义上的因果关系。因果关系是一种引起与被引起的关系，刑法上的因果关系是指犯罪实行行为与对定罪量刑有价值的危害结果之间引起与被引起的合乎规律的联系〔1〕。

在国外刑法理论中主要存在条件说、原因说、相当因果关系说、合法则的条件说、重要说以及客观归责论等学说。在我国传统刑法理论对于因果关系理论存在必然与偶然因果关系之争。〔2〕不论是国外刑法理论中还是我国传统刑法理论中的因果关系争论都是以行为与结果之间存在条件关系为前提，只是在对作为条件的实行行为与危害结果之间的关系上如何判断有不同的认识。条件关系的公式是没有前行为即没有后结果，这种公式对于危害后果只由一个行为引发，而不存在介入因素的情况下，可以直接适用。但当存在有介入因素的案件中，如何从多个不同行为人的行为中找出与危害结果发生具有刑法上的因果关系，则无法简单适用条件关系的公式。对此，有学者提出对于存在介入因素等原因，难以认定实行行为合法则地造成了

〔1〕马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社2006年版，第214页。

〔2〕张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第175～181页。

结果的场合，则可以先采用条件关系的公式，再进一步判断结果是不是实行行为的危险的现实化。介入因素的异常与否对判断因果关系具有意义。[1]

本案中导致被害人死亡的原因行为有多个，一是被告人习某某等人呼喊“打强盗”的行为，二是不明真相的村民对被害人进行追赶的行为，三是被害人在逃跑时自己选择跳入水库逃生的行为。此外，对于是否有村民在岸边阻止被害人上岸的行为，从现有证据看应当是存疑的。从表面看习某某的行为并不是引发被害人死亡后果的直接行为，那么如何判断习某某的行为与被害人死亡后果之间存在刑法意义上的因果关系，我们必须从多个行为中，找出被告人的行为与被害人死亡结果之间是否存在合乎规律的引起与被引起的联系。这也是被告人承担刑事责任的客观依据。

本案中习某某的行为显然是所有行为最初的引发者。如果没有习某某等人的呼喊，不会有村民的追赶，如果没有村民的追赶，被害人也不会跳入水库中，最后也不会发生被害人死亡的结果。三个行为之间具有先后连接的因果关系，与被害人的死亡结果之间符合条件公式的无前者行为即无后者结果的关系。但是仅有条件关系还不能直接肯定被害人死亡结果就是由行为人的行为所造成的。由于本案中介入了村民的行为、被害人的行为，因此还需要从行为人实行行为导致结果发生的危险性大小、介入因素的异常性大小、对结果发生的作用大小以及介入因素是否属于行为人管辖范围来考察。

第一，虽然从习某某的实行行为看，一共分为两个阶段，第一阶段是在家中院坝以及老街码头附近与被害人的打斗，虽

---

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第185页。

有伤害的行为，但并未造成被害人轻伤以上的后果，因此打斗行为对于被害人死亡结果的发生的危险性较小。第二阶段则是习某某呼喊“打强盗”的行为，这一行为也是本案的关键行为，因为如果没有被告人呼喊“打强盗”的行为便不会有后续的一系列行为，因此这一呼喊行为是后续行为的引发行为，对于被害人发生伤亡的危险性的明显增大。因此被告人呼喊“打强盗”的行为对于被害人死亡结果的发生的危险性具有较大的作用。

第二，从介入因素的异常性来看，村民的追赶与被害人跳水的行为并不具有异常性。首先习某某的呼喊行为引发村民的追赶，具有一定的必然性，因此村民的追赶行为虽是第三者的介入因素，但第三者的行为是由习某某的行为合理引发的，因此，不具有异常性。接下来我们考察的是被害人自己跳入水中的行为，看似被害人自己选择了一个高危险性的行为，但是这个行为是在被害人在被追赶的情况下，被迫做出的，而这个选择应当是被害人在当时的条件下的必然选择。虽然有其他同伴没有选择同样的逃生线路，但是这并不是阻却被害人行为与习某某行为之间因果联系的理由。因为，结合当时的案发环境，深夜被害人为逃避村民的追赶，不可能冷静地选择逃生线路，因此，被害人的自身行为是由被告人的行为引发的，导致被害人不得不必然实施的介入行为，因此被害人的跳水行为也不能阻却被告人行为与被害人死亡结果之间的因果关系。

第三，在本案中还出现了一个重要的事实。即当被害人跳水后在岸边是否有人阻止被害人上岸的事实。而这个事实在本案中却是一个证据无法查清的事实。笔者认为，虽然在这个事实上证据是存疑的，但是无论是否存在这个事实都不能否定习某某的行为与被害人死亡结果之间具有的因果关系。如果没有人阻止，那么被害人跳入水中的行为，当然也就习某某的行为

所引发的，与被害人死亡结果具有因果关系。如果岸边确实有人阻止，只能证明岸边阻止的人的故意行为是导致被害人死亡的直接原因行为，因此阻止被害人上岸的人应当对被害人的死亡负责。我们在肯定一个行为是结果发生的原因时，并不必然否定另一个行为也是结果发生的原因。换言之，一个结果完全可能是数个行为造成的。因此，即使出现有人阻止被害人上岸的情况，也不能否认习某某的行为与被害人死亡结果之间存在因果关系。

（二）行为人主观罪过的认定

刑法中讨论因果关系在于判断现实发生的结果是否由行为人之行为引起，即行为与结果之间是否具有必然的关系存在，这是从客观上评价一个结果是否有值得科处刑罚的行为存在，如果仅从因果关系上评判一个行为应当承担刑责，这显然属于客观性归责。我国刑法则采用的是主客观相统一原则，行为人的行为与结果之间如果仅具有客观上的因果关系，但缺乏主观罪过等犯罪主观构成要件时，仍不能认定行为人的行为构成犯罪。笔者认为，法院认定的被告人习某某主观上具有过失这一观点值得商榷。

故意与过失是行为人对自己实施的法益侵害行为及其结果所持的心理态度。故意、过失是对行为与结果的故意与过失。要判断行为人的主观故意与过失，必须从客观事实出发，从客观行为的性质及其结果，考察行为人对结果的认识因素与意志因素。我国刑法认为犯罪故意有两个因素构成，一是认识因素，即明知自己的行为会发生危害社会的结果；二是意志因素，即希望或放任危害结果的发生。同时，根据两个因素的内容将故意分为直接故意与间接故意。直接故意是明知自己的行为会发生危害社会的结果，并希望这种结果发生的心理态度。而间接

故意则是明知自己的行为可能发生危害社会的结果，而放任这种结果发生的心理态度。对于过失，我国《刑法》第 15 条第 1 款规定："应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。"据此，学界一般将过失也分为两种，即疏忽大意的过失与过于自信的过失。那么，本案中习某某主观上究竟具备何种罪过形态，我们应当从习某某的客观行为上去判断。

首先，从习某某先前与被害人的打斗行为以及呼喊"打强盗"的行为看，均可以证明其主观上存在伤害被害人的故意。虽然习某某在呼喊了"打强盗"后并没有持续追赶，但其在当时村民已加入追赶被害人的环境下，应当可以预见到村民的追赶可能造成被害人的受伤后果。但是由于其停止追赶，因此对于村民追赶的情况，以及被害人逃跑的情况都不可能知晓，其不可能预见到被害人的跳水行为以及被害人跳入水库中死亡的后果。我们不能因为行为人实施了犯罪行为就断定其能够预见到自己行为的一切后果。笔者认为，从习某某的行为中不能推断出其对于被害人的死亡结果具有可预见性。既然习某某对被害人死亡的后果不具有可预见性，那么当然不能适用疏忽大意的过失。

其次，既然习某某主观上有伤害被害人的故意，客观上实施的呼喊"打强盗"的行为是利用不明真相的群众去帮助自己完成这一伤害行为，由于村民的追赶导致被害人跳入水中并发生了被害人死亡的后果，是否应当认定习某某对于被害人的死亡结果持放任的态度呢？笔者认为，虽然习某某的行为与被害人的死亡结果之间具有因果关系，但是从其追赶的路途来看，其没有阻止村民的追赶致使其伤害的故意仍在村民的追赶行为

中延续，但因其在追赶不久便停止了，没有去阻止村民的追赶。从现有证据看不能证明其对死亡结果有积极的追求或者已经预见到了村民追赶行为可能导致被害人死亡，因此从责任形式看，难以证明其对死亡结果有直接故意、间接故意或者过于自信的过失。但是另一方面，刁某某在利用村民追打被害人的行为发生在深夜，而且村民人数众多，群体追打少数个体的行为的危险性以及其可能造成的后果实际上已经脱离了刁某某的控制。在这个过程中，极有可能造成被害人重伤甚至死亡的后果，这是行为人在当时应当预见而没有预见的后果。虽然后来被害人是由于被逼无奈，跳水而溺亡，但是被害人的行为不具有异常性，因此死亡这一加重结果的发生并没有超出故意伤害致死的法定范围。综上，现有证据可以证明的是刁某某对于其故意的伤害行为所致的加重结果，至少有疏忽大意的过失，因此其行为应当以故意伤害致人死亡予以处罚。

原因自由行为理论司法应用困境解析

——王某故意杀人案证据问题探讨

史　辉*

一、基本案情

被告人张某，男，49岁，重庆人，重庆某公司工人。被告人张某平时吸毒后就有放火、打人、随意破坏物品等暴力行为。2011年10月24日21时许，被告人张某在位于重庆市某区大石坝某村的家中吸食毒品后，精神极度亢奋。次日5时许，张某持家中菜刀砍杀其父张某某（本案死者，70岁）的头颈部17刀，致其死亡。经法医学尸体检验鉴定：张某某失血性休克死亡。

公安机关以故意杀人罪移送检察机关审查起诉，检察机关以故意杀人罪起诉至审判机关。

一审法院认为被告人张某吸毒后持菜刀猛砍其父张某某头部和颈部十余刀，致张某某死亡，其行为构成故意杀人罪。经司法精神病学鉴定，张某实施故意杀人行为时具备完全刑事责任能力。且张某知晓其吸毒后有精神异常、不能自控的表现，仍然吸毒后实施犯罪行为，应当以完全刑事责任能力人承担刑

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

事责任。辩护人提出的重新鉴定的意见不充分，不予采纳。鉴于张某归案后，认罪态度较好，可从轻处罚，故以故意杀人罪判处张某死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

二、争议焦点

本案中张某吸毒后持刀将其父亲张某某杀死的犯罪事实清楚，关键证据充分。但由于公安机关按照通常故意杀人罪的侦查方向去搜集证据，所以，以原因自由行为理论来论证张某定罪量刑的证据比较欠缺。

原因自由行为理论因与“责任能力与实行行为同时存在”原则相冲突，故自该理论产生以来，就一直遭到理论界不少学者的批判。我国理论界至今没有定论。但自我国1979年《刑法》第15条第3款规定“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任”，至今，刑法虽多次修正，但该条款一直存在。在司法实践中，因醉酒或吸毒等原因而犯罪的人，也受到了法律的惩罚。所以原因自由行为理论在我国立法及司法实践中已经得到应用。但在司法实践中，从侦查到审查起诉、再到审判，对于醉酒或吸毒致幻而引发的暴力犯罪案件证据方面的收集却存在不少的瑕疵。证据的瑕疵导致原因自由行为理论的具体应用也存在一定的问题。

三、观点透析

（一）原因自由行为理论简述

1. 原因自由行为理论及应用范围的历史沿革

“原因自由行为”一词来源于拉丁法律术语——“action libera in causa”。“原因自由”相对的是“结果不自由”，即在这种情况下，构成犯罪的行为本身并不是自由的（因为主体在行为时处于无能力状态），但在原因中，即作为犯罪行为起因的行

为，却是自由的（因为使自己陷入无能力状态是主体在有能力的情况下，出于实施犯罪的目的而自由做出的选择）。

原因自由行为理论的产生源于对醉酒犯罪刑事责任基础的探讨，并经过了古罗马法及日耳曼法时代、中世纪教会法时代、18世纪中叶德国法的发展。在1794年，克莱因施罗德在现代语言法的意义上使用了原因自由行为〔1〕。后逐渐扩展到服用麻醉药品的人、对药物有依赖的人以及吸毒致幻人员的犯罪。由于吸毒人员剧增（我国历年禁毒报告显示，全国累计登记吸毒人员已由1997年的54万人增至2012年的209.8万人），吸毒人员在吸食毒品后精神亢奋或神志不清，从而导致吸毒人员因吸毒控辨能力下降而引发的犯罪数量急剧上升。鉴于吸毒后控辨能力下降与饮酒后控辨能力下降有相同之处，原因自由行为理论也自然地扩展到因吸毒而犯罪的人群之中。

2. 原因自由行为理论的观点之争

虽然有学者认为原因自由行为理论没有存在的必要。如我国台湾地区有学者认为："关于原因自由行为的问题，关键因素只有一个，就是只要我们能够确认真正的行为时间点，那么所有要解决的问题，包括欠缺行为能力、欠缺责任、欠缺故意或过失能力等问题，都可以解决。并且既然法理上其负责之基础行为是在于原因行为，而不是陷于无责任能力状态下的动作，从而原因自由行为概念之存在并无必要。"〔2〕但更多的学者支持原因自由行为理论。

关于原因自由行为概念的表述，根据行为人在原因自由行为时主观罪过（故意或过失）的不同与原因自由行为使行为人

---

〔1〕［德］克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第600页。

〔2〕黄荣坚：《基础刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第111页。

陷入的责任能力（无责任能力或限制责任能力）的不同，有最狭义说、狭义说、广义说三种。我国的通说是广义说。如我国有学者认为“原因自由行为的概念，乃指行为人于侵害法益之时，陷于无行为能力、无责任能力或者限制责任能力状态，但关于是否陷于此一状态，行为人有决定或者控制能力”。[1] 还有学者认为“原因自由行为（action libera in causa），是指具有责任能力的行为人，故意或者过失使自己一时陷入丧失或者尚未完全丧失责任能力的状态，并在该状态下实施了符合构成要件的违法行为”[2]，并指出“原因自由行为中，原因行为（也称设定原因的行为，如饮酒）是犯罪的实行行为，结果行为（导致结果发生的行为）是原因行为的单纯的结果”。[3] 并且在我国的司法实践中，从侦查到审判也均是根据原因自由行为理论的广义说进行具体案件的办理。

（二）原因自由行为理论在司法实践应用中存在的问题

在立法（我国《刑法》第18条第4款）及司法实践中引入原因自由行为理论固然可以更好地惩罚及预防犯罪，但在使用原因自由行为理论办理具体案件的过程还存在着以下问题：

1. 侦查阶段证据搜集问题

首先，证明行为人实施原因行为时主观罪过的证据搜集不充分。在司法实践中，公安机关搜集的因醉酒或吸毒致幻而发生的暴力案件的证据与一般的暴力案件的证据基本一致。即按照一般暴力案件证据的搜集方法，对现场勘验笔录、提取笔录、DNA鉴定、辨认笔录、现场指认笔录、证人证言、犯罪嫌疑人

---

〔1〕 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第282页。

〔2〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第284页。

〔3〕 张明楷：“外国刑法中的原因自由行为”，载《河北法学》1999年第10期。

供述等证据均有客观、细致的搜集，但忽视了因醉酒或吸毒致幻发生的暴力案件证据方面的特殊性。原因自由行为理论要求行为人实施原因行为时对于结果行为就应当有主观罪过。而公安机关则往往只搜集犯罪嫌疑人实施结果行为时的客观证据或只讯问犯罪嫌疑人实施结果行为时心理状况，而对于犯罪嫌疑人实施原因行为时的客观证据或心理状况不予重视。以笔者办理的张某吸毒致幻而发生的暴力致人死亡案件为例，公安机关在搜集行为人实施结果行为时的证据不可谓不充分，甚至还做了侦查实验，但对于行为人实施原因行为时主观罪过方面的证据基本空白。如行为人平时吸毒后的行为表现，吸毒后是否有过暴力行为，吸毒后实施暴力行为造成的后果以及相关方面的证人证言和犯罪嫌疑人供述，公安机关均没有搜集，而这方面的证据至关重要。因为如果行为人平时吸毒，且吸毒后经常有暴力行为发生，那么在这种情况下，行为人对于自己吸毒后的暴力行为就可以推定为已经预见，这种情况下发生罪行的主观罪过一般为故意。反之，如果行为人平时吸毒后没有任何暴力行为，因此也不可能期待行为人对于这次吸毒后实施暴力行为有所预见，在没有预见而又处于完全丧失责任能力状态下实施行为并导致了结果的发生，这种情况下的定罪又另当别论。

其次，行为人实施结果行为时责任能力的鉴定资料搜集不充分。行为人在实施结果行为时的责任能力对于定罪量刑有重要的影响，而公安机关移交相关鉴定机构的鉴定资料不足。“刑事责任能力鉴定所依据的资料主要来自于公安局（88.26%），亲属、同事、邻居提供的证言占95.58%，被鉴定人的陈述占98.22%，精神卫生机构的病情证明或病理复印件占34.52%。”〔1〕由此可

---

〔1〕胡泽卿、刘协和：“刑事责任能力鉴定的资料来源及其影响因素分析”，载《中国法医学杂志》（第14卷）1999年第3期。

知，上述资料是对行为人责任能力鉴定的主要资料，对于行为人的责任能力鉴定有较大影响。

在司法实践中，鉴定机构对于醉酒或吸毒人员的精神鉴定所依据的材料比较单一，一般只有两种：一是鉴定机构询问行为人的问题，二是行为人在公安机关所做的供述。这种情况的产生主要原因在于公安机关移送的材料不充分。就笔者办理的同一吸毒致幻而发生的暴力致人死亡案件为例，在公安机关所移交给鉴定机构的亲属、同事、邻居的证言中，多数证言证实的内容是行为人与被害人之间的关系、二者之间有无矛盾，案发时行为人的具体行为等情况，而对于行为人平时吸毒后的行为表现及精神状态，公安机关少有讯问（如在张某故意杀人案中，公安机关对张某平时吸毒后行为表现的证据就没有搜集），行为人也就少有供述，故导致鉴定机构在对行为人进行责任能力鉴定时，亲属、同事、邻居的证言所起的作用很小。

2. 审查起诉阶段的证据审查问题

检察机关在审查醉酒或吸毒致幻而发生的暴力案件证据，尤其是审查此类案件行为人责任能力方面的证据时，对于不同证据效力的证据往往不加区别地予以使用。

证据效力，指的是证据对案件中待证事实的证明效果和力量；确定证据的效力，首先考察证据的真实性，其次真实的证据能够在多大程度上证明案件中的待证事实，即证据的充分性。[1]公安机关移送的证据在证据能力方面没有问题，关键问题是检察机关在审查证据时如何确定证据的证据效力。公安机关在收集行为人犯罪行为的言词证据时，为了及时突破口供，往往会在捉获犯罪嫌疑人的第一时间对犯罪嫌疑人进行讯问，并在突

〔1〕 何家弘：《证据法学研究》，中国人民大学出版社2007年版，第146页。

破口供后，会进行多次讯问，对言词证据进行固定。在因醉酒或吸毒致幻而发生的暴力案件中，第一份言词证据与后面言词证据的证据效力的强弱明显不一致。在此类案件中，公安机关一般能够在案发的第一时间将犯罪嫌疑人抓获，并对犯罪嫌疑人进行讯问。而此时，犯罪嫌疑人会由于醉酒或吸毒而造成神志不清，此时的供述往往不是其真实意思的表示。在这种情况下，该份言词证据的证据效力就存在重大瑕疵。在后面搜集的犯罪嫌疑人的言词证据，随着醉酒或吸毒对大脑造成的影响逐渐减弱直至消退，犯罪嫌疑人的供述是其真实意思表示的可能性也逐渐增大。而检察机关在审查起诉时，对于犯罪嫌疑人的供述，往往不考虑醉酒或吸毒对犯罪嫌疑人大脑的影响，对犯罪嫌疑人在所有时间段的供述，往往不加区别地予以使用。

3. 审判阶段的量刑问题

我国《刑法》规定了醉酒的人犯罪应当负刑事责任，但对于因醉酒而犯罪的人是否从轻或减轻处罚没有规定，我国理论界也认为根据原因自由行为的法理，不应当对醉酒或吸毒致幻而犯罪的人从轻或减轻处罚。如有学者认为："根据原因自由行为的法理，对于故意或过失导致自己陷入限定责任能力状态而实施犯罪的，应当追究责任，而且不能适用从轻或减轻处罚的规定。"[1] 而在我国法院的审判中，醉酒或吸毒却通常是法官量刑时的酌定从轻情节。这不但与我国法律规定相违背，而且会引发犯罪分子以饮酒或吸毒为借口实施犯罪行为，从而违背了刑罚应有的功能。通说认为，刑罚有惩罚和预防两个功能。醉酒本来就是一种陋习，吸毒更是一种违法行为，这两种行为都应当被社会所摒弃。而审判机关将这两种行为作为酌定从轻

〔1〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 288 页。

的量刑情节，无法有效体现刑罚对醉酒或吸毒致幻而引发的犯罪行为的惩罚和预防。

（三）原因自由行为理论在司法实践应用中的对策

对于原因自由行为理论在司法实践中存在的问题，其成因是多方面的。既有对该类犯罪理论上认识不足的原因，也有案件重点证据把握能力不够的因素，但更多的是该类案件相对于普通案件来讲，是一种“特殊案件”，对于此类案件的办理，可借鉴的经验较少。笔者认为可以从以下几方面来解决原因自由行为理论在司法实践应用中的难题。

1. 原因自由行为理论在侦查阶段应用中难题的解决

首先分清行为阶段，针对不同阶段确定证据的搜集重点。醉酒或吸毒致幻而引发的暴力犯罪中，明显有原因行为与结果行为。结果行为的证据，公安机关搜集的比较充分，关键是怎样搜集证明行为人实施原因行为时主观罪过的证据。如果行为人在供述中承认自己是为了实施结果行为而饮酒或吸毒，并且有其他证据可以相互印证，这个没有问题。但如果行为人不承认自己是为了实施结果行为而饮酒或吸毒，这种情况下如何证明行为人实施结果行为是间接故意还是过失。间接故意指的是明知会发生结果行为，且放任这种结果的发生；过失指的是应当预料到会发生结果行为，但因疏忽大意没有预料到或者是已经预料到会发生结果行为，但轻信能够避免。无论是间接故意还是过失，都要求行为人主观上有能力预料或已经预料。这种情况下，就必须有证据证明行为人平时醉酒或吸毒后有暴力行为的倾向或习惯。只有这样，才可能推定行为人对于自己醉酒或吸毒后的暴力行为已经预料或者有预料能力。因此，搜集行为人实施原因行为时主观罪过的证据时，对于证人的询问，就不能把重点仅放在行为人与被害人的关系或矛盾上，还应当把

重点放在行为人平时醉酒或吸毒后的行为上，包括行为的方式、手段、是否使用工具、暴力程度、造成的后果以及酒醒或毒品影响过后的言谈、表现等，如果有后果的，还应当通过勘验、拍照等取证方式予以固定，从而证明行为人平时在醉酒或吸毒后就有暴力行为及暴力行为的程度，从而推定行为人已经预料或应当预料到自己实施了原因行为后就会实施结果行为，并造成社会危害。其次加强与行为人责任能力有关的材料的搜集。鉴定人与行为人的谈话是责任能力鉴定的主要手段，但对全面的鉴定材料的分析也是责任能力鉴定不可或缺一部分。送鉴定的材料是否准确、全面、详细、可靠、合法，会影响到鉴定结论是否正确。因此，公安机关在搜集鉴定材料时，就不应当仅仅搜集行为人的供述和辩解，对于行为人及其家庭情况，案件的有关材料，社区提供的有关材料，同事、亲属、邻居对行为人醉酒或吸毒后精神状态的证言，以前的医疗记录和其他检查结果等材料也应当搜集。这些材料的主要内容是反映被告人整体精神状态及作案时的精神状态，对于科学、准确地鉴定行为人实施结果行为时的责任能力有重要的影响。

2. 原因自由行为理论在审查起诉及审判阶段应用中难题的解决

对于醉酒或吸毒致幻而引发的暴力案件，检察机关在审查此类案件的证据时，关键是对于犯罪嫌疑人在不同阶段供述的证据效力如何把握和取舍。通常来讲，公安机关在侦查阶段会对行为人进行多次讯问，第一次讯问往往是将犯罪嫌疑人抓获后的突审。此时，由于犯罪嫌疑人醉酒或吸毒，其神志是否清醒或清醒程度如何，都不好评判，因此在该种情况下的供述可能并非其真实的意思表示。但该份证据并非因为不是犯罪嫌疑人真实的意思表示，在本案中就没有作用。相反，该份证据作

为鉴定机构对犯罪嫌疑人的责任能力鉴定的依据，具有重要的作用。因为这种情况下的供述，更接近于犯罪嫌疑人实施结果行为时的精神状态，只是该份供述不能作为对犯罪嫌疑人定罪的依据。对于公安机关对犯罪嫌疑人后面几次的讯问，由于醉酒或吸毒所产生的影响逐渐消失，犯罪嫌疑人供述也就更可能是其真实意思的表示。但真实的意思表示并不代表就是如实供述，是否将犯罪嫌疑人后面的供述作为对其定罪的依据，还要根据同步录音录像来观察犯罪嫌疑人的精神状态，并结合其他的书证、物证等证据来综合认定。

在审判阶段，对于醉酒或吸毒致幻而引发的犯罪必须遵循“罪刑法定”的原则进行定罪量刑，不应当将醉酒或吸毒作为酌定从轻的量刑情节，只有这样才能罚当其罪，充分体现刑罚的惩罚与预防的功能。

同时犯与共同犯罪的区分与处罚

——以陈某、雷某运输毒品案为视角

曹忠鲁*

一、基本案情

2013年3月2日23时许，被告人陈某、雷某受魏某指使，采用体内藏毒的方式，分别乘坐SC8138航班将五包毒品麻古由云南省某自治州某国际机场运往C市，次日1时许，公安人员在重庆江北国际机场将陈某、雷某抓获，并从陈某体现查获毒品麻古2包，净重93克，从雷某体现查获毒品麻古3包，净重140克。经检验：上述毒品麻古中均检出甲基苯丙胺和咖啡因成分。

审查起诉时，公诉机关认为被告人陈某、雷某构成运输毒品罪，且系共同犯罪，以被告人陈某、雷某共同运输毒品麻古233克提起公诉。

法院审理后认为，虽然被告人陈某、雷某分别运输的毒品来源、毒品送达目的地、路费、一同乘坐的交通工具均系魏某提供、安排，但现有证据不能证明二被告人事前有运输毒品的

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

共谋，亦不能证明其在体内藏毒及运输毒品的过程中有相互协作行为和意思联络，故认定该事实的证据不足，不能认定为共同犯罪，二被告人只能对自己运输的毒品负责，认定被告人陈某运输毒品93克，被告人雷某运输毒品140克。后以被告人陈某、雷某分别以运输毒品罪判处有期徒刑十五年、有期徒刑十二年。

二、争议焦点

本案的认识分歧在于，本案应认定为同时犯还是共同犯罪？

一种观点认为，陈某、雷某在同一时间、同一地点、乘坐同一交通工具，实施了同一人安排的犯罪行为，应属于共同犯罪，两人之间虽没有明示的犯意联络，但都知道对方运输有毒品，实际上产生了互相支持的效应，因此，应视为二人有默示的共同运输毒品的故意，二被告人应对实施的犯罪行为共同承担责任，即应认定二人共同运输233克毒品。

另一种观点认为，虽然二被告人运输的毒品是同一来源，运输的目的地也是同一地点，但作为共同犯罪，最重要的一个构成要件是行为人之间要有共同的犯罪故意，但本案中二被告人虽然受雇于一个毒品贩子，但事前没有通谋，主观上没有共同的犯罪故意。在运输毒品犯罪行为的过程中，也并无围绕一个犯罪目标，互相配合、互为条件的犯罪活动，而是各自携带毒品，二人也没有共同的犯罪行为。因此，二人主客观上均无实质的联系，基于各自的犯罪故意，各自运输毒品，只是犯罪行为发生在同一时间、同一场所、实施了同一性质犯罪的同时犯，不应认定为共同犯罪，各被告人只应对其运输的毒品负责。

三、观点透析

笔者同意第二种观点，认为该案不应构成共同犯罪。

司法实践中，共同犯罪与同时犯从表面看有很多相似之处，如同一性质的犯罪、在同一地点、同一时间实施的同一犯罪行为，但由于对运输毒品犯罪中的主观故意审查难度较大，各犯罪人之间的行为是相互没有联系，因此，司法实践中，由于对运输毒品犯罪中的主观故意审查难度较大，共同犯罪与同时犯往往难以区分。

共同犯罪是犯罪的一种特殊形式，是指二人以上为达到统一的犯罪结果而作出的共同努力。我国《刑法》第25条规定，共同犯罪指二人以上共同故意犯罪。因此，一般认为，共同犯罪的成立，必须具备主观上的共同犯罪故意和客观上的共同犯罪行为这两个必要条件，即犯罪人的共同努力，不但包含主观方面的努力，也包含犯罪行为上的共同努力。在共同犯罪的主观方面，各共同犯罪人都必须具有共同犯罪的故意，也就是对某一结果的发生，都抱着希望和放任的态度，其犯意为各被告人之间互相沟通，有的有着明确的共同犯罪故意，有的有着默示的共同犯罪故意，每个人单独的犯罪故意由于共同的期望或放任而形成一个整体的犯罪故意，在这个整体的犯罪故意之下实现犯罪目的。在客观行为方面，共同犯罪的客观方面应表现为“各共同犯罪人在参加共同犯罪时，尽管所处的地位、具体分工、参与程度甚至参与时间等可能有所不同，但他们的行为都是指向相同的目标，为了达到同一个目的。而且彼此相关、紧密配合，是一个不可分割的整体，各自的行为是整体犯罪活动的必要组成部分”〔1〕。即共同犯罪中各犯罪人的行为都在为实现某一犯罪结果的发生而发挥自己的作用，都是整个犯罪活动必不可少的组成部分。

---

〔1〕参见刘家琛主编：《刑法（总则）及配套规定新释新解》（第2版），人民法院出版社2002年版。

对于同时犯，我国《刑法》并没有明确的规定，一般是指“两个以上缺乏故意联系的人，同时或近乎同时对同一客体实施侵害行为，造成一定危害后果”〔1〕。同时犯的特点是，犯罪人各有故意，但缺乏共同的犯意联络和协同行为，所以不是共同犯罪，而是同时是被告的单独犯罪，各人只对自己的犯罪行为承担刑事责任。因此，如果一个犯罪行为缺乏以上两个必要条件，则不成立共同犯罪。这也是实践中区分共同犯罪与同时犯罪的主要根据。

（一）被告人陈某、雷某欠缺共同犯罪故意和犯意联络

主观恶性在反映犯罪的实质的同时，也反映了犯罪与刑事责任的关系，所以，在刑法意义上，行为人承担刑事责任，必须以其主观上具有可归责性为前提。亦即，行为人主观上具有犯罪的故意，才能对其追究刑事责任，并且，在对其处罚时，也必须按其主观恶性的程度，以及由其主观罪过的大小，来确定其受刑事处罚的程度。共同犯罪中，也正是基于对共同犯罪人主观恶性的考察，以及行为人主观恶性所造成的危害结果，才规定行为人应承担整个犯罪事实责任，而不仅仅对其实施的或参与的行为负责。

共同犯罪故意的成立不仅涉及单个犯罪行为人的主观故意，而且涉及各个犯罪行为人的合意。社会危害性不仅依托犯罪人的行为，也依托行为人的主观心理状态。在共同犯罪与同时犯主观故意区别方面对共同犯罪的主观故意，既要考察犯罪人的认识因素，也要考察犯罪之间是否有犯意联络。主观故意的认识因素是指各犯罪人对本人和他人犯罪行为所具有社会危害性的认识，共同犯罪的认识因素即犯罪人在认识到共同犯罪的社

---

〔1〕 参见刘家琛主编：《刑法（总则）及配套规定新释新解》（第2版），人民法院出版社2002年版。

会危害性基础上实施的犯罪行为，如果犯罪人仅仅认识到自己犯罪行为的社会危害性，而没有认识到自己与其他共同犯罪人所实施的共同犯罪的社会危害性，则不宜认定为共同犯罪。犯意联络是指各犯罪人相互帮助、协同实施犯罪行为的意思沟通和联系，这种意思沟通可以采用明示或者默示的方式进行，在共同犯罪中，这种意思沟通的实质是各犯罪人共同实施犯罪行为的“合意”，即犯罪人实施犯罪行为的目的都是为了达到某一结果的实现，各行为人之间的行为相互协调配合、相互支持、相互补充，各人之间的犯罪恶念也因行为的相互支持和相互补充而得以增强，并使其各个分散的行为向同一方向发展，指向特定的对象，展现出比单个人个别行为更大的社会危害性和人身危险性，从而造成更加严重的犯罪后果，也往往对社会具有更大的破坏性。如果各犯罪人之间缺乏共同完成某种犯罪行为的意思联络，则不能构成共同犯罪，只能认定为同时犯，各行为人作为单独犯只对自己实施的犯罪行为承担刑事责任。

本案中，被告人陈某、雷某受魏某指使，分别采用体内藏毒的方式运输毒品，两人并没有共同的犯罪故意，也没有明示或默示的犯意联络，此种情形下，不能认定被告人陈某、雷某具有共同的运输毒品的犯罪故意。首先，事先陈某、雷某没有共同运输毒品的故意。被告人陈某、雷某受利益驱使，为了获得非法利益，各自按照魏某的要求为其运输毒品，如果其中一人不为魏某运输毒品，也不会影响另一人为魏某运输毒品，正是基于各自的犯罪故意，才实施了分别运输毒品的行为。虽然两人同一时间、乘坐同一飞机、为同一人运输毒品，但并未达成共同运输毒品的“合意”，现有证据亦不能推定二人有共同运输毒品的故意。其次，陈某、雷某没有共同运输毒品的犯意联络。两被告人犯意的产生，是由于在利益的驱使下而产生了帮

助魏某运输毒品的想法，两人的这种想法虽然不谋而合，但这种故意的产生是分别形成的，也是在不同的时间形成的，并无协同实施运输毒品犯罪的意思沟通。如二被告人意图共同实施毒品犯罪，从常理来讲，应对运输的毒品如何安全到达指定地点进行共谋，以把风险降到最低，但本案中两被告人既没有电话联系，也没有语言上的沟通，仅仅是知道对方也是为魏某运输毒品的人，故不能认定双方存在共同运输毒品的合意。

（二）被告人陈某、雷某欠缺协同犯罪行为

根据主客观相统一的原则，共同犯罪的成立除需具备共同犯罪故意之外，还要求各行为人在客观上具有协同行为。这就要求在共同犯罪中，各犯罪人的行为是相互配合、协作，每个人的行为都在为实现某一犯罪的结果的发生而发挥出应有的作用，通过相互协作和配合实施特定的犯罪行为，共同实现预期的犯罪目的，才成立共同犯罪。这种行为上的配合与协作，有的是紧密型的，如犯罪集团中共同犯罪的故意，是在集团首要分子的统一安排和领导下实施的犯罪行为，这种共同犯罪的故意就比较紧密；有的是松散型的，如犯罪人偶然共谋实施犯罪行为，犯罪行为实施完毕后即再无犯罪联络。但不管联络是否紧密，不管个人在犯罪行为中的作用大小，单个行为在对犯罪结果的发生方面，都在为共同的犯罪指向而发挥着一定的作用，都是整个共同犯罪活动的组成部分。或许各犯罪人在犯罪分工、参与程度上不同，在时间上也可能有先后，在共同犯罪中所起的作用不同，但各犯罪人的行为对共同犯罪而言，则是相互间紧密相连、互相配合，在心理上互相支持，每个犯罪人的行为都与发生的犯罪结果之间有刑法上的因果关系。

本案中，被告人陈某、雷某各自利用自己的身体运输毒品，即没有互相帮助将毒品藏入体内的行为，也没有互为对方运输

毒品支付相关费用的行为，更没有为对方运输毒品提供便利条件的行为，此种情况下不能认定两被告人具有共同实施运输毒品的行为。一方面，从犯罪事实的构成要素上看，两被告人各自为魏某运输毒品，所运毒品数量不同，各自获得的运费不同，各自独立形成一个完整的运输毒品的犯罪事实。另一方面，从共同犯罪必须具备的协同行为上看，被告人陈某和雷某各自实施的运输毒品犯罪之间不存在相互联系和配合。两人运输毒品的犯罪行为彼此独立、分开进行，不存在互相利用、补充、分工和配合等关系。因此，被告人陈某和雷某各自的运输毒品的犯罪行为与对方运输毒品的行为之间不存在因果关系。

（三）两者的犯罪形态不相同

在同时犯罪中，行为人已经着手实施犯罪，但由于意志以外的原因而未得逞时，该犯罪属于未遂形态，行为人自动有效地中止犯罪时，该犯罪属于犯罪中止形态，该行为人是中止犯。同时犯是由多个个人同时分别实施的犯罪，因此，其单个人的犯罪形态可以单独构成既遂、未遂、中止等。但共同犯罪则不然，共同犯罪人每人都要对犯罪结果承担责任，如果有一个共犯人已经着手实施了实行行为，那么，对于其他共犯人来说，就不可能成立犯罪预备。如果有的共犯人自动放弃犯罪并且阻止其他共犯人继续实施犯罪或者自动有效地防止了犯罪结果的发生，则该共犯人是犯罪中止，其他的共犯人是犯罪未遂。如果所有的共犯人都没有着手实施实行行为，即都还处于预备阶段，但是，如果有的共犯人自动放弃犯罪并且阻止其他共犯人继续实施犯罪的，则该共犯人成立犯罪中止，而其他共犯人是犯罪预备。因此，基本共同犯罪的社会危害性，与单独行为人犯罪中止、未遂、既遂形态不同的是，共同犯罪行为人在自己自动放弃犯罪的同时，还必须阻止其他共犯人继续实施犯罪或者自动

有效地防止了犯罪结果的发生。如共同犯罪中，一部分人自动有效地中止自己的犯罪行为，但没有有效阻止其他共同行为人的犯罪行为，即没有消除自己已经实施的行为与结果之间的因果性，也不能认定为犯罪中止。当然，也有观点认为，共犯人为消除自己的行为与结果之间的因果关系作出了真挚的努力，即使由于其他原因导致结果没有发生的，也应认定为中止犯[1]，但在司法实践中，鉴于共同犯罪的社会危害性，一般还是以理论界通说，即行为人在自动放弃犯罪的同时，还必须阻止其他共犯人继续实施犯罪或者自动有效地防止了犯罪结果的发生，这是共同犯罪与同时犯罪的区别所在，也是认定共同犯罪形态的基本要求。

共同犯罪所要解决的问题，是将违法事实归属于哪些参与人的行为，亦即是为了解决二人以上行为的客观归责问题。因此，在刑事责任承担上，共同犯罪是以多人犯罪为基础，所犯之罪由多人分别承担全部刑事责任，而单独犯罪是以一人犯罪为全部内容，所犯之罪由一人承担全部刑事责任。因此共同犯罪与同时犯从表面看有很多相似之处，如同一性质的犯罪，在同一地点、同一时间实施的同一犯罪行为，但各犯罪人之间的行为是相互没有联系的。

1. 从立法原意来看，共同犯罪解决的是违法行为客观归责的问题。共同犯罪是犯罪的一种特殊形式，是指二人以上为达到统一的犯罪结果而作出的共同努力。从违法性的层面来说，共同犯罪所解决的问题，是将违法事实归属于哪些参与人的行为，亦即是为了解决二人以上行为的客观归责问题。因此，在刑事责任承担上，共同犯罪是以多人犯罪为基础，所犯之罪由

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第403页。

多人分别承担全部刑事责任，而单独犯罪是以一人犯罪为全部内容，所犯之罪由一人承担全部刑事责任。值得注意的是，共同犯罪并不是由多人共同承担全部刑事责任，而是由个人分别承担全部刑事责任。如A、B、C三人分别运输毒品冰毒500克、600克、700克，如果确系共同犯罪，则认定A运输毒品1800克，B、C也分别运输毒品冰毒1800克。如果没有认定为共同犯罪，则依据各人运输的实际毒品数量来认定，即A运输毒品500克，B运输毒品600克，C运输毒品700克。

2. 从两罪的主观恶性来看，共同犯罪由于其共同的犯罪故意而具有更严重的社会危害性。在“犯罪的本质是社会危害性”的认识上，司法实务界与理论界基本达成了共识，但对犯罪行为的社会危害性是行为本身造成的客观危害，还是犯罪人的主观恶性，抑或二者并重，却有不同的认识。

（四）本案的定性及处罚

主观恶性在反映犯罪的实质的同时，也反映了犯罪与刑事责任的关系，所以，在刑法意义上，行为人承担刑事责任，必须以其主观上具有可归责性为前提。亦即，行为人主观上具有犯罪的故意，才能对其追究刑事责任，并且，在对其处罚时，也必须按其主观恶性的程度，以及由其主观罪过的大小，来确定其受刑罚的程度。共同犯罪中，也正是基于对共同犯罪人主观恶性的考察，以及行为人主观恶性所造成的危害结果，才规定行为人应承担全部刑事责任，而不仅仅对其实施的或参与的行为负责。

笔者认为，对同时犯不应简单地看到其同一时间、同一地点、乘坐同一交通工作、明知对方实施与自己相同犯罪行为等表象，而应探究其主观故意之本质，对其处以相应的刑罚，切实保证“罚当其罪”。具体到本案而言，笔者认为被告人陈某、

雷某系同时犯，对于同时犯，应对其单独定罪，并在各自的行为事实范围内承担刑事责任，如无法查清是共同犯罪或是同时犯时，应根据有利于被告人的原则，在查清的事实范围内承担自己的刑事责任。对本案而言，不宜认定为共同犯罪并以此作为处罚的依据。主要理由有：本案中，被告人陈某、雷某虽然同时受魏某指使，同时采用体内藏毒的方式乘坐同一航班运输毒品，并且运输目的地也一致，但两被告人并无明确或默示的犯意联络，都不具备共同运输毒品犯罪的认识因素和意志因素，两被告人各自的犯罪意图也是分别形成的。而且，两被告人也并无协同实施运输毒品的行为，故不能认定二人的共同犯罪故意，也就不能认定二人为共同犯罪。作为同时犯罪，二被告人只对自己所实施的犯罪行为承担责任。

关于司法实践中自首认定问题的思考

——以彭某等六人盗窃案为切入点

邱　净*

一、案情介绍

2012年12月20日至2013年5月8日，被告人彭某、游某桃、游某红、廖某、黎某某、黄某某共谋后，由游某桃或者廖某驾驶其车辆至重庆市南岸区、江北区等地大型超市、商业中心的停车场守候，当被害人驾车至停车场停车锁门时，用信号干扰器、解码器进行干扰，使车辆不能正常上锁，趁被害人离开后打开车门进行盗窃。其中，彭某参与作案12次，盗窃财物价值15万余元；游某桃参与作案13次，盗窃财物价值15万余元；游某红参与作案10次，盗窃财物价值10万余元；廖某参与作案5次，盗窃财物价值6万余元；黎某某参与作案1次，盗窃财物价值2万余元；黄某某参与作案3次，盗窃财物价值3300余元。

2013年5月8日，被害人桂某发现财物被盗后，即向公安机关报案。民警经过调查后，锁定牌照为某某的车辆为嫌疑车

* 重庆市人民检察院第一分院公诉二处。

辆。2013年5月11日，民警将正伺机行窃的彭某、游某桃、游某红捉获，并当场缴获作案用的牌照为B8H055的轿车、汽车信号干扰器及解码器。5月29日、6月6日、6月7日，黄某某、廖某、黎某某分别被民警捉获。各被告人到案后均如实供述了上述事实。

重庆市江北区人民法院审理认为，被告人彭某、游某桃、游某红、廖某、黎某某、黄某某以非法占有为目的，结伙盗窃他人财物，其行为均已构成盗窃罪，依法应予以处罚。

本案中，公安机关出具的刑事办案说明、到案经过等证据证实，彭某、游某桃因公安机关已掌握的被害人桂某手机被盗案被抓获，但该盗窃行为尚不构成犯罪（盗窃数额仅为1988元，而重庆地区执行的盗窃罪的最低构罪数额标准为2000元），二被告人被抓获后主动供述了司法机关尚未掌握的其他盗窃犯罪事实。据此，彭某的辩护人提出彭某有自首情节的辩护意见。江北区人民法院认为，彭某被抓获后虽能够主动供述尚未掌握的犯罪事实，但其行为仍不能认定为自首，故对该辩护意见不予采纳。

因此，作出如下判决：(1)被告人彭某犯盗窃罪，判处有期徒刑五年，并处罚金8万元；(2)被告人游某桃犯盗窃罪，判处有期徒刑五年，并处罚金8万元；(3)被告人游某红犯盗窃罪，判处有期徒刑四年，并处罚金5万元；(4)被告人廖某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年二个月，并处罚金3万元；(5)被告人黎某某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年，并处罚金1万元；(6)被告人黄某某犯盗窃罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金5000元，与前罪所判处的有期徒刑六个月，罚金4000元并罚，决定执行有期徒刑十一个月，并处罚金9000元。

二、争议焦点

本案中，公安机关仅掌握部分盗窃事实，并以此抓获被告人彭某、游某桃，但该部分盗窃事实尚不构成犯罪，在此情况下，两被告人主动供述了司法机关尚未掌握的其他盗窃犯罪事实，并以此获罪。该情形下，究竟能否认定彭某、游某桃有自首情节？这可以说是刑事立法的灰色区域。就该问题的处理，司法实践中存在着两种不同意见：

第一种意见认为，彭某、游某桃的供述是在被采取强制措施以后作出的，而且供述的事实与司法机关已经掌握的事实属同种事实，不符合《刑法》第67条第2款及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）规定的准自首的构成要件。彭某、游某桃二人只是“被动归案”后所作的坦白，且司法机关已掌握的部分盗窃事实虽不构成犯罪，但是属于多次盗窃中的一笔。因此，彭某、游某桃的行为只构成坦白，而不构成自首。

第二种意见认为：根据《刑法》及相关司法解释的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的罪行属同种罪行的，不认定为自首。但该规定适用的前提是司法机关已掌握的犯罪嫌疑人的行为已构成犯罪（罪行）。本案中，若彭某、游某桃不主动交代其他几笔盗窃事实，则二人尚不构成犯罪，该案为无罪案件。在此种情况下，二人主动向公安机关交代了涉案金额高达15万余元的盗窃犯罪事实，数额巨大，并因此获刑，使得更大的法益获得了保护，节约了司法资源，体现了二人将自己置于刑法处置之下的主动性与自愿性，根据自首的立法本意，应当认定二人成立自首。

笔者通过查阅其他相关案件发现，在重庆市某某区人民法

院审理的被告人吴某某盗窃一案中，存在着与彭某、游某桃案相同的情形，但法院却认定了吴某某有自首情节。吴某某因盗窃郑某一部手机被抓获，但该盗窃行为尚不构成犯罪，吴某某到案后主动供述了其他盗窃犯罪事实。重庆市某某区人民法院认定了吴某某的行为成立自首。

三、观点透析

（一）对《刑法》及《解释》相关条文的理解

根据我国《刑法》第67条第2款规定："被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。"《解释》第4条对该情形作了进一步规定，认为被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，不认定为自首。准确理解和运用该法律条文，需首先明确"罪行"的概念。

赵廷光教授认为，"罪行"这一概念具有两个层面上的含义。在立法层面上，罪行指规范上的个罪，表现为特定的犯罪构成，而犯罪构成则是具体犯罪的法律表达方式，是具体行为成立某种犯罪的法律条件，是立法者关于个罪的意志体现。在司法层面上，罪行指现实中的个罪，是符合特定犯罪构成要求的具体行为，是罪行的社会存在形式，是行为人违反某种刑法规范的客观外在表现。总之，所谓罪行，是指依照我国刑法规定，具有特定构成要件或者符合特定构成要件要求的，并且配置有一定法定刑的行为模式或者适用一定法定刑的现实行为。[1]

---

〔1〕赵廷光："论罪行"，载《中国法学》2004年第3期。

笔者认为，该观点是妥当的。罪行具有以下基本特征：

第一，罪行是具有严重社会危害性的行为。英国阿兰爵士认为，“罪行之所以是罪行，是因为被称为罪行的错误行为对于社会的安全和福祉构成了直接的和严重的威胁”。〔1〕而在我国，决定一个行为是罪行还是一般违法行为的实质依据就是该行为是否具有严重的社会危害性。一个行为之所以被设定或认定为罪行，最根本的原因就是其具有严重的社会危害性。

第二，罪行是与特定犯罪构成紧密相关的行为。世间的危害行为形形色色，种类繁多，而刑法典的篇幅总是有限的，在“法有限而情无穷”的现实面前，刑事立法只能用概括性的语言将同一类性质的危害行为抽象成若干个构成要件，将抽象的罪行具体化。社会生活中发生的具体危害行为，若是刑法分则中没有一个特定犯罪构成对其进行规范调整，那么依据罪刑法定原则该具体行为就不构成罪行。可见，罪行与特定的犯罪构成之间具有密不可分的联系。

而在本案中，公安机关所掌握的彭某、游某桃的盗窃行为尚不构成盗窃罪。如上所述，其盗窃行为不能算作“罪行”。如此看来，该情形便不能适用《解释》第 4 条的规定。在立法没有明文规定的情况下，彭某、游某桃二人的行为有认定为自首的可能性。

（二）对自首规定的理解与适用

实践中侦查机关对嫌疑人采取拘留等强制措施时，往往是根据一定的犯罪线索或者是发现现行犯而强行限制其人身自由，以方便查找犯罪证据，防止串供，预防其再次实施犯罪行为。虽然一般而言采取强制措施是基于行为人实施了“犯罪”行为，

〔1〕 参见［英］J. C. 史密斯. B. 霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版。

但随着侦查活动的进行，作为最初拘留理由的所涉嫌的“犯罪”，由于证据不确实或者一些客观因素（如涉案财物鉴定价值未达到立案标准、涉及的伤害结果经鉴定未达到轻伤以上损害程度），而使最初的到案行为只是成为一般的行政违法行为，如果行为人又供述了司法机关尚未掌握的其他同种犯罪事实，从而足以认定其行为整体上构成犯罪，这种情况是否应认定为自首，涉及刑事司法与立法的协调问题。

倘若行为人实施一般违法行为被抓获，一般不会被采取强制措施，也不会被视为犯罪嫌疑人，更谈不上其违法行为构成同种罪的问题。故上述法条及其司法解释对认定自首所作的限定，不适用于行为人实施一般违法行为被抓获后，主动交代司法机关尚未掌握的同种违法或者犯罪行为的情况。由于行为人仅因实施一般违法行为被抓获，其如实交代行为是受到刑事追诉的重要原因，既反映了行为人具有认罪的主动性，也带来了司法的经济性，符合自首制度的立法精神，应当认定为自首。理由如下：

（1）应从自首制度设立的目的衡量自首的可恕性。自首制度的设立是基于鼓励、促使犯罪分子投案，从而得以迅速侦破犯罪案件、获取犯罪证据，实现诉讼经济的考虑，可以说是国家与罪犯之间的一种交易，即国家答应如果犯罪分子能够如实供述自己的罪行，愿意接受国家的制裁，那么国家就给予其一定的优惠待遇。可以说自首设立的目的并不单单是对行为人悔罪、认罪的褒奖，也是国家为了获取更大的诉讼效益而预先向犯罪分子做出的“承诺”，这也从司法解释将“陪首”、“送首”等情形也认定为自首的扩大解释中可见一斑。

（2）自首的本质在于罪犯主动接受国家的裁判，一方面表明罪犯的悔罪态度，另一方面节省司法资源。因此，罪行未被发

现时主动投案，罪行被发现后主动投案，以及因一般违法行为到案后主动供述司法机关尚未掌握的罪行，均符合自首的本质要求，都应当认定成立自首，这也体现了刑法对人的平等保护。

（3）在适用减轻处罚时，一般需要具有法定情节，笔者认为，有必要适当放宽自首的适用。我国刑法对许多犯罪都有法定最低刑的限制，而减轻处罚的适用又受到严格的限制。在这种体制下，适当扩张自首的适用，有利于避免过于刻板、苛刻的判罚。

（三）关于我国自首制度的延伸思考

1. 对供述“同种余罪”是否应当认定为自首的思考

《解释》第2条规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。显然《解释》将“其他罪行”的范围限定为异种数罪。但笔者认为，将“其他罪行”仅解释为异种罪行而排斥同种罪行，不利于司法实践，与自首制度确立的初衷也有所不符。

第一，犯罪人能够如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行，一般表明其具有一定的悔罪心理，愿意承担法律后果。这种愿望不应因其供述的是同种或异种罪行而受到不同的对待。如果犯罪人供述异种罪行以自首论，而供述同种罪行又以坦白论，这样一来对犯罪人显有不公。而且这种人为故意的区分行为，无疑会打消犯罪人早日投案的积极性，不利于刑法目的的实现。任何一名罪犯如实供述未被司法机关掌握的罪行，其不管是出于真心悔过，还是被亲友劝解或被迫无奈，目的都是一样的，即希望得到较轻的处罚。如仅因其供述的是同种罪行而不能实现该目的，对罪犯及其亲友都会产生很大的负面影响。久之，罪犯就会形成能躲就躲、能混就混的侥幸心理和对抗心

理。如此一来，将会导致人们对自首制度的不认同，降低自首制度的社会价值。

第二，认为“其他罪行”不包括同种罪行的观点有违背自首本质要求之嫌。准自首的本质是“如实供述未被掌握的罪行”，其重点在于强调“未被掌握”，至于“罪行”的性质、数量等则不是重点。因此只要犯罪分子主动供述了司法机关未掌握的罪行，不管是同种还是异种数罪，均应成立自首。“以最小支出获得最大社会效益”是刑法谦抑性原则的要义。在能够少用支出甚至不用支出（将供述同种数罪认定为准自首，从宽处罚）即可获得较大社会收益（实现刑罚目的）情形下，我们却选择以较大的支出（对同种数罪不认定为准自首，司法投入大）来获取较小的社会收益（自首制度价值降低，刑罚目的难以实现），势必不能为多数人所接受。

第三，将“其他罪行”限定为异种数罪不符合立法本意。“当法律运用到个别场合时，应根据对法律诚挚的理解来理解法律。”〔1〕“诚挚的理解”即善意的，严格按照法律之原意来理解。我国《刑法》第 67 条第 2 款规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”这里并未将“其他罪行”限定为不同种的罪行。从逻辑语义角度分析，“其他罪行”的定语是“还未掌握”，是相对于已掌握的罪行而言的。既然已经掌握的罪行同时包含有同种数罪和异种数罪，则“还未掌握”的罪行也应包括这两者。《解释》的规定无疑是缩小了刑法条文的本意，将那些供述同种罪行的主动认罪行为，排除在自首制度之外。另外，将“其他罪行”限定为异种数罪，违背了“有利

〔1〕 参见中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》（第 1 卷），人民出版社 2008 年版。

于被告人的原则”。根据该原则，在法律没有明确规定的情况下，应做出对犯罪嫌疑人有利的解释。《解释》将“其他罪行”限定为“其他异种罪行”，显然不利于犯罪人，亦有违刑法立法初衷。虽然有学者指出，司法解释将“其他罪行”限定为不同种罪行，主要是出于司法可操作性的考虑，〔1〕因为我国遵循的是同种数罪不并罚的司法习惯，承认供述同种余罪属自首可能会使量刑时不好操作。但笔者认为，仅因不便操作而做出有悖于立法原意的解释，无疑是一种本末倒置的做法。实践中，本来依据法律规定成立自首的行为却因司法操作的原因被拒之门外，这只能说明我国司法程序及操作技术还不够完善，我们需要解决的是司法实践中的操作问题，而非颠倒主次地曲解立法之原意。〔2〕

另外，在自首的具体适用上，笔者还想说明的是，如果司法机关已经掌握的罪行仅仅是基本犯（即达到构成犯罪的最低条件、适用最低档法定刑的情形）的情况下，被告人主动供述同种余罪从而构成加重犯（即达到适用更高档法定刑的情形）的场合，也可考虑对全案成立自首。如果多次违法作为某一犯罪够罪标准之一的，只要行为人如实供述的事实达到定罪程度的，即使行为人供述次数的多少与实际查证属实的不一致，也应当认定为自首。如果多次犯罪是作为加重处罚的情节之一的，由于犯罪次数决定了适用刑罚的档次，只有在行为人供述的犯罪次数（ 根据司法实践，一般为三次以上）可以达到适用升格法定刑的程度时，才能认定自首，即使尚未供述的部分仍有多次的，只要尚未供述部分不足以影响其适用更高刑格，即应当认定

---

〔1〕 刘凌梅、司灯明：“我国刑法中自首制度司法适用若干问题研究”；载姜伟：《刑事司法指南》（第1辑），法律出版社2002年版。

〔2〕 陈红艳：“自首扩容及相关问题研究”，湘潭大学2006年硕士学位论文。

为自首。

2. 关于司法实践中电话通知到案是否认定自首的思考

司法实践中，侦查机关在初步掌握了嫌疑人涉嫌犯罪的事实后，往往会亲自或委托其他机关及个人电话通知嫌疑人到案。在此种情况下，嫌疑人按通知去到指定地点后如实供述了自己的罪行，是否成立自首？该问题在实践中一直存在争议。笔者认为，应当分情况对待：第一，如果通知人在电话联系时已真实告知嫌疑人通知事由，在这样的前提下，嫌疑人仍然按通知到案，并且如实供述了犯罪事实，则该种情况下应该认定其成立自首。因为嫌疑人在明知何事被通知后，对自己去到指定地点的法律后果必然会有一定的认知与预测，并且侦查机关也仅仅是电话通知，嫌疑人具有一定的人身自由，在此情形下，嫌疑人完全可以选择逃跑来规避风险，但是嫌疑人仍然选择配合侦查机关，按规定去到指定地点，这就充分体现出嫌疑人有将自己置于司法机关控制之下的自愿性，符合自动投案的规定，结合其到案后主动供述自己犯罪事实，应当认定为自首；第二，如果通知人在电话通知时只是让嫌疑人到指定地点，嫌疑人也不明确是因自己的犯罪行为而去，在这样的情形下，嫌疑人并没有主动将自己交付于司法机关审查的自愿性，不具备自动投案的特征，这也仅仅是侦查机关抓获嫌疑人的一种方法而已，所以不能认定为自首。

张某交通肇事案："交通肇事后逃逸"的认定和适用

赵媛媛*

一、基本案情

被告人张某，男，1977年2月10日出生，因涉嫌交通肇事罪，于2012年3月31日被取保候审。

2011年5月28日12时48分许，被告人张某驾驶一辆解放牌轻仓栅式货车行驶至某市某区双湖路路口处时，与骑摩托车在前方同向行驶的被害人罗某相撞，致罗某重伤后倒地。张某见状，遂驾车快速逃离，后于次月15日被抓获归案。经认定，张某负事故主要责任。另查明，张某所驾驶货车核定载质量785公斤，而案发时该车载货约4吨，属严重超载驾驶。罗某驾驶的摩托车也系无牌车辆，且越线行驶。

公安交警部门出具的事故责任认定书中将逃逸与其他违反道路交通安全法规的行为一并参考作为认定主要责任的依据。

2012年7月9日，某市某区人民检察院以被告人张某犯交通肇事罪，并有逃逸情节，向该区人民法院提起公诉。法院经

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

审理后，于2012年7月16日，认定张某某构成交通肇事罪，具有逃逸情节，判处有期徒刑三年。

二、争议焦点

交通肇事罪的认定，在很大程度上依赖于交通管理部门对行为人责任的认定，而交通管理部门是根据交通运输管理法规认定责任，而并不完全是依据行为人的行为和交通事故之间的因果关系，《道路交通安全法实施条例》第92条规定："发生交通事故后当事人逃逸的，逃逸的当事人承担全部责任。但是，有证据证明对方当事人也有过错的，可以减轻责任。"即交通肇事后逃逸，本身也作为划分责任事故的依据。在交通事故责任认定中已经将逃逸作为认定依据的情况下，对该逃逸行为如何评价，是上述两案的争议焦点。

第一种观点认为，张某的行为不构成犯罪。在认定行为是否构成交通肇事罪时，不能直接采纳交通管理部门的责任认定，2000年最高人民法院司法解释规定的负事故全部责任、主要责任、同等责任等表述，不是指交通事故责任认定书中的事故责任，而应根据刑法所规定的交通肇事罪的构成要件进行实质的分析判断。本案中，被告人张某严重超载驾驶，违反了解释第2条第2款第5项的规定；被害人罗某明知是无牌证机动车辆而驾驶，违反了解释第2条第2款第4项的规定，且越线行驶，两者在引起事故的原因力上是同等的，张某的行为不符合解释第2条第2款："交通肇事致一人以上重伤，负事故全部或主要责任"这一前提基础，其逃逸行为也就不能成为其入罪的依据，故张某的行为不构成犯罪。

第二种观点认为，张某的行为构成交通肇事罪，但不具有肇事后逃逸的加重情节。交通管理部门出具的交通事故责任认

定书中认定张某承担主要责任，但在认定张某负事故主要责任时已经考虑了其逃离现场的情况，也即已经作为定罪的要素进行了评价，就不宜在量刑时再认定为肇事后逃逸，否则就是对同一行为进行了双重评价。

第三种观点认为，张某的行为构成交通肇事罪，且具有肇事后逃逸的加重情节。本案中，公安机关交通管理部门已经认定张某负事故主要责任，该责任认定具有法律效力，可以作为案件认定的依据，张某又具有严重超载驾驶的情形，已经构成交通肇事罪，在肇事后为逃避法律追究而逃离事故现场，可以认定为交通肇事后逃逸。

三、观点透析

（一）何为"交通肇事后逃逸"

根据司法解释，交通肇事后逃逸，是指行为人在发生了构成交通肇事罪的交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。由此可见，交通肇事后逃逸应当包括如下三个方面的内容：

首先，在前提上行为人的先行行为必须构成交通肇事罪。即行为人造成的交通事故，必须符合交通肇事罪的基本犯罪构成。如果行为人的先行行为并没有构成交通肇事罪，即使行为人逃逸也不能按照该加重情节量刑。在此值得注意的是，由于按照司法解释的规定，在"三人以下重伤型交通肇事"案中，如果除"逃逸情节"外，行为人不具有解释第2条第2款除第6项外的各种情形，则行为人不构成交通肇事罪，在此逃逸情节是构成要件要素，行为人的行为只能构成交通肇事罪的基本犯罪，而不应当在量刑时再次评价。

其次，逃逸行为在主观上必须以明知存在交通事故为前提，并且具有逃避法律追究的动机。只有行为人对于交通事故具有

明知，才谈得上具有逃避的动机。若行为人在开车时将人撞伤而不知，其继续行驶的行为就不是逃逸，但对于这种明知的审查，不能仅依赖于被告人的供述，而要综合考量肇事的时间、地点、路况、驾龄等要素综合评判被告人的主观明知。《解释》将逃逸的主观动机解释并限定为逃避法律追究，是否妥当值得商榷。肇事后逃逸行为究其实质属于刑法中的一种事后行为，犯罪后为逃避法律追究而逃跑，是人趋利避害的一种常情，法律不强人所难，要求所有犯罪人在犯罪后将自己交由司法机关控制，是不具有期待可能性的，因此，其他犯罪没有将逃逸规定为加重情节。之所以将交通肇事后逃逸规定为加重情节，是因为在发生交通事故时，往往会导致被害人的生命安全置于高度危险的境地，需要进行救助，防止损害扩大，出于对被害人的保护出发，才对交通肇事后逃逸苛以了较重的刑罚。根据《道路交通安全法》第70条规定："在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；造成人身伤亡的，车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。"据此，车辆驾驶人在肇事后负有保护现场、抢救伤员、等候处理的法定义务。将肇事后逃逸确定为加重情节，是基于其对救助义务和责任认定的违背。因此，交通肇事后逃逸的主观方面不宜仅限定为逃避法律追究。

再次，逃逸行为在客观上表现为行为人逃离现场，不救助或者不及时救助伤者，不保护现场等候事故处理。因此，即使行为人在肇事后将被害人送往医院后逃离，也属于逃逸。

（二）道路交通事故责任认定的性质及适用

《解释》第1条规定："从事交通运输人员或者非交通运输人员，违反交通运输管理法规发生重大交通事故，在分清事故责任的基础上，对于构成犯罪的，依照刑法第一百三十三条的

规定定罪处罚。"《解释》第 2 条及第 4 条将是否具有同等责任以上的情节作为认定交通肇事罪的依据，可见，交通事故责任的认定对本罪的定罪和量刑都起到了关键的作用。

《道路交通事故处理程序规定》第 46 条规定，公安机关交通管理部门应当根据当事人的行为对发生道路交通事故所起的作用及过错的严重程度，确定当事人的责任。公安部在 2000 年 2 月 5 日向黑龙江省公安厅作出的《关于地方政府法制机构可否受理对交通事故责任认定的复议申请的批复》中指出："交通事故责任认定是公安机关在查明交通事故事实后，根据当事人的违章行为与交通事故之间的因果关系，以及违章行为在交通事故中的作用所做出的鉴定结论。"可见，交通事故责任认定是对事故客观调查的基础上，对事故产生的原因和结果之间关系的确认，是公安机关根据法律的授权进行的专门性活动，由于其专业性而具有一定的鉴定意见的性质，但不能据此直接将其结论认定为行为人的责任，而应当根据犯罪构成要件，结合其他证据进行认定，理由如下：

首先，交通事故责任认定与交通肇事罪中的责任问题的性质、作用不同。前者是公安机关作为道路交通管理的行政机关，对交通事故责任人之间或者责任人与受害人之间的行政违法行为所作出的行政责任认定书，其作用主要是用于对责任人予以行政处罚，为调解民事赔偿提供依据。而交通肇事罪的责任认定，是刑事责任的认定，只能由人民法院决定，关系到行为是否构成犯罪，如何定罪处刑的问题。所以，公安机关不能依据行政法规对行为人的刑事责任作出认定，法院也不能依据行政机关作出的行政责任认定书直接认定被告人的刑事责任。

其次，交通事故责任认定与交通肇事罪中的责任认定两者的依据和原则不同。交通事故责任认定依据的是《道路交通安

全法》等行政法规，除依据各方当事人的行为对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度，可以明确区分全部责任、主要责任、同等责任、次要责任、无责任外，在事实事故无法查清、当事人的违法行为及行为与事故之间的因果关系无法查清时，可以推定事故责任。根据《道路交通安全法实施条例》第92条、《道路交通事故处理程序规定》第45条的规定，当事人逃逸，造成现场变动、证据灭失，公安机关交通管理部门无法查证交通事故事实的，逃逸的当事人承担全部责任，这实际上是一种有责推定。刑法上的责任认定是依据法律构成要件，要符合罪责刑相适应和罪刑法定原则，禁止有罪推定，且在案件事实无法查清时，遵循有利于被告人的原则。

不可否认，交通事故责任认定是一项专业性比较强的活动，公安机关作出的交通事故责任认定书中对事故责任作出的认定，在刑事案件认定中具有很高的参考价值，但是，公安机关作出的交通事故责任认定能否被采信，还要取决于其他的证据材料。

（三）对“交通肇事后逃逸”应禁止重复评价

对同一事实或者情节，在定罪或者量刑上作不利于被告人的重复评价，实际上也有悖于任何人不因同一犯罪再度受罚的原则。因此，应当禁止重复评价。禁止重复评价，包括三个要求：第一，在某种因素（如行为、结果等）已经被评价为一个犯罪的事实根据时，不能将该因素作为另一个犯罪的事实根据；第二，在某种严重或者恶劣情节已作为构成要件要素予以评价时，不能再将该情节作为从重处罚的根据；第三，在某种严重情节已作为法定刑升格的条件予以评价时，不能再将该情节作为在升格的法定刑内从重量刑的根据。如果违反这三个基本要

求或其中之一，实际上会导致同一犯罪受到双重处罚[1]。笔者对此不存疑议，同时，对交通肇事案中"交通肇事后逃逸"这一情节的认定，也应适用禁止重复评价原则。具体来说，交通肇事案中，适用禁止重复评价原则，应当包括以下要求：

其一，当交通肇事后逃逸情节已作为构成要件要素予以评价时，不能再将该情节作为从重量刑的根据。即"三人以下重伤型交通肇事"案犯罪的成立，以解释第2条第2款规定的各项"恶劣情形"为构成要素，具有其中任何一项情形，均构成交通肇事罪，否则，不构成犯罪；仅具有"交通肇事后逃逸"情形时，该情形应作为犯罪构成要素予以评价，对行为人以交通肇事罪论处。但绝不能再将该情节作为从重处罚的根据，既包括在基准法定刑幅度内从重处罚，也包括将该情节作为法定刑升格条件从重处罚。

其二，当"交通肇事后逃逸"情节已作为法定刑升格的条件予以评价时，不能再将该情节作为在升格的法定刑内从重量刑的根据。也即在具备"逃逸情节"的"三人以上重伤或死亡型交通肇事"案中，"逃逸情节"已作为法定升格刑条件予以评价，应根据刑法规定，在"三年以上七年以下有期徒刑"的幅度内对犯罪人科以刑罚。不应在升格刑幅度内再次重复评价该"逃逸情节"，对犯罪人从重处罚。

其三，当"交通肇事后逃逸"情节已作为认定事故主要责任的根据，在根据该主要责任认定行为人构成犯罪时，不能再将"逃逸情节"重复评价，作为在基准法定刑或者升格的法定刑内从重量刑的根据。本案中，被告人张某的"逃逸情节"是认定其承担事故主要责任的根据。那么，根据其他"恶劣情形"

---

〔1〕 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第527页。

认定其构成交通肇事罪时，就不应再根据“逃逸情节”对其从重处罚。

综上分析，交通肇事罪中的责任认定，应当依据行为人的行为对危害结果的原因力来认定，而交通管理部门作出交通事故责任认定时，是依据行为人对行政法规的违反程度，这两者在一定程度上是衔接的，在某些情况下也会出现断裂，如本案中，无证驾驶，在未明确其驾驶技术及是否有操作不当的情况下，并不能当然得出其与危害结果的关系。而逃逸本身是一个事后行为，对危害结果的发生和扩大显然是不具有原因力的（逃逸致人死亡除外）。因此，作为刑事审判中的责任认定，必然要在分清行为与结果之间的因果关系的前提下进行。因此，在本案中，在不明确张某的严重超载和罗某的无证驾驶、越线行驶对事故的原因力大小的情况下，逃逸情节是否作为了交通管理部门认定张某主要责任的依据，尚未明确。在这种情况下，依据交通管理部门出具的责任认定书认定张某承担主要责任，并构成交通肇事罪，而在此之外又依据逃逸情节认定张某具有逃逸情节，笔者认为是有失妥当的。但是，交通责任事故认定毕竟是一项颇具专业性要求的活动，要求法官在审理过程中，仅依据书面证据准确判断双方的责任，显然也是难以达到的。因此，笔者认为，可以要求公安机关在移送刑事案件时，由具有专门知识的人就该案的责任认定，排除逃逸的要素，另行出具一份认定书，作为案件的鉴定意见使用。当然，这种做法在司法实践中是否具有可操作性，还有待验证。

集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的界限

——以陈某某等十二人集资诈骗案为视角

关倚琴*

一、基本案情

2010年4月至2011年3月，陈某某先后成立重庆某某投资有限公司、四川某某有限公司、重庆某某广告有限公司、重庆某某旅游有限公司等多家公司，并安排王某（系陈某某女友）、罗某、田某某、吴某、易某、邓某分别担任上述公司的法定代表人及股东。为骗取被害人资金，陈某某、罗某、田某某采用只签订协议不实际投资的方式设立"学校活净水项目"、"甜菊糖甙项目"；利用经营亏损的重庆某某广告有限公司设立"某某广告项目"；利用无任何经营活动的重庆某某旅游有限公司设立"某某旅游公司项目"；并虚假设立"某某科技无砖墙项目"。陈某某、吴某、易某、吴某某明知项目虚假或亏损仍对公众进行虚假宣传，亲自或安排张某某、周某、李某某（均另案处理）等业务员以免费旅游和高息回报为诱饵，吸引被害人以"借款协议"和"投资协议"的名义对上述项目进行投资，并由王某、

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

杨某负责对款项进行管理，所骗资金未用于项目的生产经营。2010年1月至2011年7月，陈某某等人以重庆某某投资有限公司名义骗取300余名被害人共计人民币5000余万元。2011年7月，公安机关根据群众举报将陈某某、王某等人捉获归案。至案发时为止陈某某等人根据协议约定返还本利共计人民币1000余万元，公安机关查扣赃款共计人民币300余万元，尚有集资款人民币3000余万元下落不明。

重庆市某中级人民本院以集资诈骗罪判处陈某某无期徒刑、王某有期徒刑13年、吴某有期徒刑12年零6个月、易某有期徒刑12年、吴某某有期徒刑11年、罗某有期徒刑5年、田某某有期徒刑4年、杨某有期徒刑3年、邓某有期徒刑3年缓刑3年。

二、争议焦点

本案的争议焦点在于对陈某某等人的行为定性，是属于非法吸收公众存款罪，还是集资诈骗罪。

第一种意见认为陈某某等人的行为构成非法吸收公众存款罪，其理由主要有三个方面：

一是陈某某等人主观上并不具有非法占有的目的。首先，陈某某等九人从未供述自己具有非法占有集资款的主观故意，称设立项目，吸引投资的目的是为了拓展公司经营，并非为了非法占有投资款；其次，在案书证、陈某某等人的供述、被害人的陈述等证据证实，案发前被告人的道中公司未停止对客户进行返本付息，也从未出现拖欠被害人本息情况；再次，陈某某辩解称至案发前一直在寻找能够盈利的项目，计划通过经营项目返还客户本利，项目尚未运营是由于公安机关的查处导致。

二是道中公司存在真实的经营活动。首先，某某公司广告部、某某广告公司实际存在，并开展对外经营；其次，道中公

司实施了项目立项、前期规划等活动。

三是罗某、田某某、邓某、杨某等人未直接实施吸引公众存款行为，其收入与集资款无关，是按月领取固定工资。

第二种意见认为，应当区别认定陈某某等人的行为性质，其中陈某某、王某等九人作为公司实际负责人和主要管理人员，其行为构成集资诈骗罪；张某某等三名公司业务员的行为性质为非法吸收公众存款。

三、观点透析

笔者同意第二种意见。

（一）道中公司实际负责人陈某某的行为构成集资诈骗罪

首先，陈某某未经有关部门批准，采用传单、推介会等途径，以承诺货币还本付息的方式向社会不特定对象吸收资金，根据《最高人民法院关于非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第1条的规定，其行为属于"非法吸收公众存款"。

其次，陈某某客观上实施只签订意向性协议而不实际投资、虚设项目、伪造公司盈利假象等行为，并对投资项目进行虚假宣传，吸引公众集资，上述事实有《学校园健康饮水工程服务合同》等书证、陈某某的供述、证人证言及被害人陈述为证，故应当认定其使用诈骗方法非法吸收公众存款。

最后，陈某某集资后，资金不用于生产经营活动，肆意挥霍，拒不交代资金去向，致使案发后集资款不能返还。上述事实有陈某某等人银行交易明细等书证，证人证言，王某、吴某、易某、吴某某等人的供述和辩解等证据为证。故根据《解释》第4条第2款的规定，应当认定其具有"以非法占有为目的"。

（二）道中公司主要管理人员王某、吴某、易某等人的行为构成集资诈骗罪

首先，王某、吴某、易某等人均供述主观上明知公司以虚假项目吸引公众资金，项目处于立项阶段，投资款尚未用于项目和公司经营。

其次，王某、吴某、易某等人客观上参与道中公司投资项目的立项工作，并对公司日常事务进行管理，同时还向被害人虚假宣传公司项目经营，吸引公众存款。上述行为有王某等人的供述、被害人陈述、证人证言等证据为证，故应当认定为集资诈骗罪的共犯。

（三）道中公司业务员张某某、周某、李某某的行为构成非法吸收公众存款罪

张某某、周某、李某某三人作为道中公司基层业务员，主观上对公司项目是否存在不明知，并且是在吴某、易某、吴某某等业务经理安排下开展工作，对道中公司投资项目进行虚假宣传，吸引被害人投资。故应当认定其行为构成非法吸收公众存款罪。

不难看出，本案中对于各行为人行为性质是集资诈骗罪还是非法吸收公众存款罪的区分，主要在于行为人主观上是否具有非法占有目的的认定。鉴于司法实践中主要以《最高人民法院关于非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》为区分此罪与彼罪的依据，笔者将以陈某某等人集资诈骗案为视角，结合对《解释》的理解，围绕集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的界限作进一步的分析。

（四）集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的界限辨析

1. 非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的关系

非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪均为涉众型经济犯罪，二罪均是非法向社会不特定多数人吸收资金的行为，均属于刑

法第四章“破坏社会主义市场经济秩序罪”，均侵犯了国家金融管理秩序。但二者也具有显著的差别。

首先，从行为侵犯的客体来看，非法吸收公众存款罪属于刑法第四章第四节“破坏金融管理秩序罪”，其侵犯的客体是国家关于吸收公众存款的金融管理秩序。而集资诈骗罪则属于该章第五节“金融诈骗罪”，其侵犯的是复杂客体，既包括国家的金融管理秩序，也包括公私财产所有权。[1]

其次，从客观行为来说，非法吸收公众存款罪表现为两种情况，一是非法吸收公众存款，即未经主管机关批准，面向社会公众吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动。二是变相吸收公众存款，即未经主管机关批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款相同，即都是还本付息的活动。在《解释》第 1 条中规定：“违反国家金融管理法律规定，向社会公众吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，应当认定为‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’：（一）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；（二）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；（三）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；（四）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。”而《解释》第 2 条进一步对具体吸收公众存款的行为方式进行规定，分别列举了十种非法吸收公众存款的行为。

集资诈骗罪的客观行为主要表现为，使用诈骗方法非法集资，并且数额较大。《解释》第 4 条规定：“以非法占有为目的，使用诈骗方法实施本解释第二条规定所列行为的，应当以集资

〔1〕 李娜：“集资诈骗罪构成要件探析”，载《广西社会科学》2005 年第 10 期。

诈骗罪定罪处罚。”由此可见，集资诈骗罪的客观行为必须要求使用诈骗方法。

再次，从行为人的主观方面来看，非法吸收公众存款罪的责任形式为故意，但不要求特定目的。而集资诈骗罪则要求以非法占有为目的。《解释》第4条对认定“以非法占有为目的”的具体情形作了七种列举性规定。

由此可见，非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的主要区别在于行为人客观上是否实施了诈骗的行为，主观上是否具有非法占有的目的。

（二）集资诈骗中“使用诈骗方法”的认定

《刑法》第192条规定，集资诈骗罪是以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大。《解释》第4条规定：“以非法占有为目的，使用诈骗方法实施本解释第二条规定所列行为的，应当依照刑法第一百九十二条的规定，以集资诈骗罪定罪处罚。”因此，对集资诈骗罪的认定时，必须判断行为人是否“使用诈骗方法”。

1.“诈骗方法”的界定

所谓诈骗方法，是指欺骗行为，就集资诈骗而言，只要某种行为足以使对方陷入“行为人属合法募集资金”、“行为人的集资获得了有权机关的批准”、“投资项目真实”、“出资后会有回报”等错误认识，足以使对方“出资”，那么这种行为就属于集资诈骗罪中的诈骗方法。至于行为人是就事实进行欺骗，还是就价值进行欺骗，均不影响行为的性质。因此，对集资诈骗罪的“诈骗方法”只能进行实质的限定，而不可能穷尽其具体表现，故不能将集资诈骗罪的欺骗行为局限为几种特定的手段。[1]

---

[1] 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第703~704页。

2. 非法吸收公众存款行为与集资诈骗罪中的“诈骗方法”之辨析

《解释》第2条对非法吸收公众存款的十种行为的列举式规定，其中，有五种行为属于采取“虚构事实、隐瞒真相”的方式非法吸收资金，即第1项“不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的”；第4项“不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不宜销售商品、提供服务为主要目的，以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金的”；第5项“不具有发行股票、债权的真实内容，以虚假转让股权、发售虚构债权等方式非法吸收资金的”；第6项“不具有募集基金的真实意思，以假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金的”；第7项“不具有销售保险的真实内容，以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金的”，以及第11项兜底条款中，其他属于采用“虚构事实、隐瞒真相”的方法吸收资金的行为。而由于上述客观行为同时也符合集资诈骗“虚构事实、隐瞒真相”的“诈骗行为”要求。因此，就客观行为而言，以采取“虚构事实、隐瞒真相”的方法吸收公众存款的行为与集资诈骗中的“欺骗行为”本质上是相同的。故对于采取上述方法吸收资金的情况，不能简单通过客观行为区分非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪。

3. 陈某某等人集资诈骗案中“诈骗方法”的认定

在陈某某等人集资诈骗案中，陈某某、王某、吴某、易某、吴某某等道中公司实际负责人和主要管理人员的“诈骗方法”主要体现在以下方面：一是故意隐瞒公司经营亏损、部分项目虚假、集资款并未用于项目生产经营的真相；二是实施伪造项目合同、伪造公司会计报表等弄虚作假的行为；三是虚构公司

经营、项目运作良好的假象，并向广大群众进行虚假宣传。其行为符合集资诈骗罪中“使用诈骗方法”的客观要件要求。

（三）集资诈骗中“非法占有目的”的认定

主观上是否具有“非法占有目的”，是区分非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的关键。《解释》第4条第2款列举的七种情形，(1)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；(2)肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；(3)携带集资款逃匿的；(4)将集资款用于违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；(7)拒不交代资金去向，逃避返还资金的，以及第(8)项兜底条款“其他可以认定非法占有目的的情形”。

1. “非法占有”的含义

《刑法》第192条规定的“以非法占有为目的”中的“占有”为刑法意义上的占有，即行为人对财物事实上支配、管理的状态。而非法占有即指非法地对财物进行事实上的支配，同时还具有排除所有权人的意思。[1]马克昌教授指出：“将不法占有理解为不法所有，才是各种金融诈骗罪中‘以不法占有为目的’的真正含义。”[2]张明楷教授也认为，非法占有目的，是指排除权利人，将他人的财物作为自己的所有物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。[3]因而，集资诈骗

---

〔1〕王立志：“论集资诈骗罪中的‘非法占有目的’”，载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第6期。

〔2〕马克昌：“金融诈骗罪若干问题研究”，载《人民检察》2001年第1期。

〔3〕张明楷：《刑法分则的解释原理》（上），中国人民大学出版社2012年版，第437页。

罪中的“非法占有的目的”应当理解为行为人主观上具有将非法募集的资金占为己有的目的。也就是说，行为人意图通过实施诈骗行为，使投资者的财产脱离其实际控制，而为其所永久支配。〔1〕

2.《解释》第2条对“非法占有目的”规定的合理性分析

理论界对于《解释》通过七种情形推定行为人主观心态的合理性存在争议。一是认为从多种隐匿、使用集资款项的行为，不能推断出行为人具有彻底、永久破坏相对人的财产所有权或持有状态的意图〔2〕；二是认为集资诈骗罪要求行为人实施非法集资行为之前或之时就已经具备“非法占有目的”，而对于行为人在非法集资之后，才产生非法占有目的的情况，一律按照《解释》第2条认定为集资诈骗罪不具有合理性。

笔者认为《解释》第4条的规定具有一定的合理性，并对实践中对于集资诈骗罪的认定起到了积极的作用。

首先，事后行为推定是司法现实的需要。集资诈骗罪作为涉众型经济犯罪，往往牵涉的被害人众多，造成的社会危害性大，严重影响社会和谐以及经济秩序的稳定。公众集资目的说到底都是为了经济利益，而集资款无法返还必然引发群体性事件，导致严重社会后果。以曾某某集资诈骗案为例，该案涉案资金34.52亿余元，因兑付不能，造成万余群众围堵铁路及火车站、数千名集资群众围堵湘西某某州人民政府，并一人当众自焚，严重破坏当地社会稳定，造成极为恶劣的影响。由此就不难看出《解释》从保障被害人基本财产权、维护社会稳定出

---

〔1〕张明楷：《刑法分则的解释原理》（上），中国人民大学出版社2012年版，第437页。

〔2〕侯婉颖：“集资诈骗罪中非法占有目的的司法偏执”，载《法学》2012年第3期。

发，以行为人是否实施肆意挥霍、转移资金、隐匿财产等逃避返还资金的行为，认定其是否具有“非法占有为目的”具有重要的现实意义。

其次，客观事实推定是刑诉司法实务的要求。“非法占有为目的”属于行为人主观方面的内容，在刑事诉讼中要求司法机关完全掌握行为人行为时的内心想法和主观目的是不具有现实性的。而行为人的心理状况必然通过其客观行为表征于外，客观事实推定是通过客观行为证明行为人心理状态的有效手段。因此，在司法实践中，为了有效惩治和预防犯罪，最大限度地保证司法公正，在客观证据无法直接证明行为人主观心态的情况下，有必要通过客观事实来推定行为人是否具有非法占有目的。在集资诈骗案件中，对集资款的使用和处置，是反映行为人主观上对集资款是否具有非法占有目的的重要表现，通过调查行为人对集资款是否挥霍、转移、藏匿，是否将集资款用于项目经营，归案后是否如实交代集资款去向等客观行为推定其主观上对集资款是否具有非法占有的目的，是具有合理性的。

再次，客观事实的推定要综合全案事实和证据进行。集资诈骗罪相对于诈骗罪而言是特殊犯。作为特殊的诈骗罪，集资诈骗罪仍需符合诈骗罪的一般特征，即以欺骗的方法获取财物。《解释》第 4 条规定的以七种情形认定行为人主观上具有非法占有目的，其前提是行为人为了非法集资实施了“诈骗的方法”。即要求行为人先要以诈骗方法取得被害人信任，使其基于错误认识自愿交付集资款，后又实施第 4 条第 2 款规定的七种行为，致使被害人遭受财产损失的，才可以认定为集资诈骗罪。除此之外，推定“以非法占有为目的”时还要充分考虑行为人的合理辩解，如对于行为人既有将集资款用于项目投资，又有肆意挥霍的情况，要充分考虑行为人的辩解，在能够排除合理怀疑

基础上对行为人主观上是否“以非法占有为目的”进行综合判断，而不能机械适用第2款的规定。

3. 陈某某等人集资诈骗案中“以非法占有为目的”的认定

在陈某某等人集资诈骗案中，认定陈某某等人具有“非法占有为目的”的主要依据在于陈某某集资后未将集资款用于生产经营活动，而王某、吴某、易某等人主观上明知集资款未用于公司项目的生产经营仍伙同陈某某实施非法集资的行为，并且陈某某、王某肆意挥霍集资款，拒不交代资金去向，导致5000余万元集资款中的3000余万元下落不明。同时结合陈某某、王某、吴某、易某等人为非法集资而实施的诈骗行为，充分考虑陈某某等人辩解的合理性基础上，推定其主观上具备“非法占有的目的”。

利用未公开信息交易罪的认定问题探析

——以季某某案为例

蔡　颖[*]　张　珏[**]

一、基本案情

季某某自2008年9月起担任西南证券证券投资管理部总经理，负责西南证券的自营业务的全面管理，直至2011年8月离职。在此期间，季某某有如下犯罪事实：

1. 利用因所任职务而掌握的西南证券有关自营投资决策、股票交易等未公开信息，违反规定通过其实际控制的以及私自受托操作的证券账户，先于或同期与西南证券自营账户买入或卖出多只股票。

2. 季某某于某日股市开盘集合竞价前，向交易员王某下达将西南证券所持有的某只股票一次性全部清出的交易指令，王某遂以比跌停价高一分钱的价格申报卖出。同时，季某某通过其实际控制的账户申报买入该股票。

* 西南大学法学院刑法学硕士研究生。
** 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

二、问题所在

本案的关键问题在于如何认定未公开信息、从事相关交易？还有如何界定利用未公开信息交易罪与其他罪名的关系？

三、法理分析

根据《刑法修正案（七）》第2条第2款，利用未公开信息交易罪是指证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的行为，是《刑法修正案（七）》规定的新罪名。利用未公开信息交易罪的设立在基金犯罪的领域具有里程碑式的意义，解决了以“老鼠仓”入刑为代表的，与该类犯罪相关的一系列争议问题。但是，在该类犯罪的司法实践中，特别是该罪的认定上，出现了一些问题。本文拟以篇首案例为主线，对此提出尝试性的解决建议。

（一）“利用因职务便利”与“未公开信息”的认定

认定本罪主要包括两方面的认定问题，一方面是认定“未公开信息”，另一方面是认定从事或者明示、暗示他人从事（与“未公开信息”）相关交易活动。而获取“未公开信息”的前提是利用职务便利。

1. “利用职务便利”的认定

1999年最高人民检察院颁布的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》中规定：（贪污罪中的）“利用职务上的便利”是指利用职务上主管、管理、经手公共财

物的权力及方便条件。（受贿罪中的）“利用职务上的便利”，是指利用单人职务范围内的权力，即自己职务上主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其所形成的便利条件。由此可知，利用职务便利分为两种情况：第一种是利用自己职务本身的权力，即职权范围之内的权力，第二种是利用自己职务所产生影响，即职务带来的方便条件。由此可知，利用未公开信息交易罪中的“利用职务便利”也包括了上述两种情况，即主体利用职权或者职务带来的方便条件。本案中，季某某作为西南证券证券投资管理部总经理，负责西南证券的自营业务的全面管理，“负责公司自有资金的投资增值”，其所负责的经营信息自然是利用职务便利获取的。

2. “未公开信息”的认定

将本罪安排在与内幕交易罪同一条文中，说明“未公开信息”是相对内幕信息而言的，其本意是内幕信息以外，与内幕信息具有相同或者相似的重要性的信息。但是从目前的立法来看，没有法律或者法律解释对“其他未公开信息”的范围进行界定，所以其具体的内涵和外延都尚无定论。而在司法实践中，往往是通过证监会出具的认定函来认定涉案信息是否属于“未公开信息”[1]，本案亦是如此。证监会通过认定函认定了“季某某担任西南证券股份有限公司副总裁，证券投资管理部总经理期间，因所任职务而掌握该公司有关自营投资决策、交易等方面的重要信息，包括公司相关自营账户投资股票的名称、数量、价格、盈利预期以及买卖时点等”属于“未公开信息”。虽然证监会作为监督机构具有一定的执法权力，但是认定函的法律效力却不易定位。证监会并非专业的鉴定机构，其出具的认

[1] 王涛：“利用未公开信息交易罪的认定标准”，载《法学》2013 年第 2 期。

定函不能作为鉴定结论，所以有学者认为认定函应作为公文书证进行处理〔1〕。但是，《刑事诉讼法》第48条规定："可以用于证明案件事实的材料，都是证据。"证据应该用以证明案件事实，而对于"未公开信息"的认定涉及对其进行的解释，属于法律适用的范畴，因而将此认定函视为证据有所不妥。在出台相应的法律、法律解释来界定"未公开信息"之前，只有负责案件的法官才能认定具体案件的"未公开信息"，认定函中认定案件事实的部分可以作为书证，解释"未公开信息"的部分只能作为法官认定的参考。

根据《刑法》第180条第1款可以看出，内幕信息就是指内幕人员所知悉的涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的尚未公开的信息，所以内幕信息具有重要性和未公开性两大特点。而第4款说明"未公开信息"是指金融机构从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息。由此可知，"未公开信息"与内幕信息具有同样的特点。所谓重要性，亦称价格敏感性。是指公布该信息对证券、期货的价格具有重大影响。未公开性则是指这些信息未被公开并用于相关的金融交易〔2〕。这些标准较为抽象、专业，在司法实践中难以直接进行认定，此时可以以证监会出具的认定函作为参考。依照本案中证监会出具的认定函以及许春茂案中证监会出具的认定函〔3〕，可以得知证监会对于"未公开信息"

〔1〕 王涛："利用未公开信息交易罪的认定标准"，载《法学》2013年第2期。

〔2〕 马克昌："论内幕交易、泄露内幕信息罪"，载《中国刑事法杂志》1998年第1期。

〔3〕（许春茂案中）"认定函"认定该案所涉及的"未公开信息"是指许春茂担任基金经理期间，因管理红利基金、均衡基金而掌握的有关投资决策、交易方面的

的定义是：行为人利用职务便利获取的有关投资决策、交易方面的重要信息，具体包括了行为人单位投资的金融产品的名称、数量、价格、盈利预期以及买卖时间点等。司法实践中，可以以上述定义作为参考，并结合实际，考察该信息被公开后是否实际上对该证券、期货的价格产生重大影响来界定一个信息是否属于“其他未公开信息”。另外本文还建议，当司法实践较为成熟后可以将“未公开信息”的定义在司法解释中通过不完全列举的方式作出，这样在具体案件中既有较为成熟的实践总结为依据，又能够通过案件的特殊性具体案件具体分析，更有利于作出正确的裁判。

（二）“违反规定”以及“从事相关交易活动”的认定

如前文所述，本罪认定的另一方面是认定从事或者明示、暗示他人从事（与“未公开信息”）相关交易活动〔1〕。而从事相关交易活动的前提是“违反规定”。

1. “违反规定”的认定

《刑法》第96条规定：“本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”这是《刑法》对“违反国家规定”的定义，明显地，本条中使用的“违反规定”应该区别于“违反国家规定”。由于本罪是“无先而后”的规定，即在没有先进行非刑罚立法（比如《证券法》规定的对内幕交易的处罚）的情况下，进行本应在非刑罚立法

（接上页）重要信息，包括上述基金投资股票的名称、数量、价格、盈利预期及买卖时点等。转引自王涛：“利用未公开信息交易罪的认定标准”，载《法学》2013年第2期。

〔1〕 本罪中的从事相关交易包括主体利用未公开信息自己从事以及明示、暗示他人从事相关交易，这一点在实践中没有太多争议，故将三者统称为从事相关交易。

之后进行的刑罚立法〔1〕，国家并没有在非刑事法律层面事先对利用未公开信息交易的行为进行规定。所以此处的“违反规定”应该做广义的解释，不应仅包括国家法律，应该还包括部门规章、监管部门发布的行为规范等，只要是国家机关发布的正式生效的规范性文件，都可以列入此类。比如本案中检察机关提供的《投资管理人员行为规范》可以作为证明其行为“违反规定”的依据，另外，证监会2009年发布的《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》第21条：“投资管理人员应当严格遵守公司信息管理的有关规定以及聘用合同中的保密条款，不得利用未公开信息为自己或者他人谋取利益，不得违反有关规定向公司股东、与公司有业务联系的机构、公司其他部门和员工传递与投资活动有关的未公开信息。”也可以作为其违反规定的依据。随着证券、期货市场立法的完善，利用未公开信息将被相关法律禁止，彼时只要满足本罪的构成要件，将必然违反相关法律。

2. “从事相关交易活动”的认定

在本案中，“从事相关交易活动”（关联性）也是由证监会出具的认定函作为证据进行认定。如前所述，本文认为“从事相关交易活动”的认定应该作为法律适用的一部分由法官作出，认定函中解释“从事相关交易活动”的部分仅具有参考价值。

一般认为，利用未公开信息交易罪是针对“老鼠仓”而制定的〔2〕。“老鼠仓”是一个外来词汇，指“先跑的主”（Front Running），是指证券、期货等相关的未公开信息的知情人员在其

---

〔1〕 胡启忠：“金融刑法立罪逻辑论——以金融刑法修正为例”，载《中国法学》2009年第6期。

〔2〕 浙江省丽水市人民检察院课题组：“利用未公开信息交易罪疑难问题探析”，载《河北法学》2011年第5期。

利用公有资金拉升股价之前，利用自己对未公开信息的掌握，先用个人资金低价买入股票、期货等（低位建仓），待公有资金拉升股票、期货的价格后又率先将买入的股票、期货等卖出从中获利（高位出仓），进而损害基金及其份额持有人利益的行为[1]。本文认为“从事相关交易活动”并不仅仅包括低位建仓、高位出仓的行为，具体应该包括以下两种情况。

（1）趋同交易。趋同交易就是指行为人先于或者同期于公有资金进行同向的交易。在本案中，趋同交易就是指“季某某利用因所任职务而掌握的西南证券有关自营投资决策、股票交易等未公开信息，违反规定通过其实际控制的以及私自受托操作的证券账户，先于或同期与西南证券自营账户买入或卖出多只股票的行为”。这样的操作是同向的，包括了两种情况：第一种是先于或者同期于公有资金买入金融产品，也就是上述的低位建仓的行为，指在公有资金购买金融产品之前或者同期，购入同一种金融产品。第二种是先于或者同期于公有资金卖出金融产品，也就是上述的高位出仓的行为。指在公有资金卖出金融产品之前或者同期，卖出同一种金融产品。前者将在公有资金买入金融产品之前（时）拉高产品价格，后者将在公有资金卖出产品之前（时）拉低价格，两者都会损害公有资金的利益。

（2）相对交易。由上述分析可知，老鼠仓实际上仅仅包括了趋同交易一种情况，而利用未公开信息交易罪中的“从事相关交易”不仅仅包括了趋同交易，还包括相对交易。相对交易是指行为人在公有资金买入或者卖出金融产品之时，从事相对的卖出或者买入同一金融产品的行为。也分为两种情况，第一种是当公有资金买入金融产品之时，卖出同一金融产品。第二

---

〔1〕 参见赵磊：“‘老鼠仓’行为的法律规制——以基金管理公司已处理的老鼠仓案件为例”，载《金融理论与实践》2010年第7期。

种是当公有资金卖出金融产品之时，买入同一金融产品。以本案为例，季某某于某日股市开盘集合竞价前，向交易员王某下达将西南证券所持有的某只股票一次性全部清出的交易指令，王某遂以比跌停价高一分钱的价格申报卖出。同时，季某某通过其实际控制的账户申报买入该股票。季某某要求王某将该股票一次性全部清出，由于公司持股量大，所以只有以接近跌停的价格抛出。季某某利用此未公开信息，利用其实际控制的账户以低价申报买入，则构成了相对交易。实际造成了西南证券公司自营资金的损失。

3. 主观的认定

利用未公开信息交易罪的主观是故意，并且往往还具有牟利的目的，但是是否具有牟利的目的并不影响本罪的成立。对于此故意，是行为人故意利用未公开信息从事相关交易活动还是行为人在明知未公开信息的情况下故意从事相关交易活动。此两者的区别在于，前者需要证明行为人从事相关交易的故意以及具有利用未公开信息的故意，而后者仅需要证明行为人在知晓未公开信息的情况下从事相关交易的故意。本文认为在司法实践中只需要达到后者的证明标准即可。因为行为人在知晓未公开信息的情况下故意从事相关交易行为，可以推定其具有利用未公开信息的故意，否则利用未公开信息的故意难以证明。以本案为例，季某某在的供述中提到："买卖这些股票都是根据我自己的分析，西南证券和这些账户都是我操作的，自然会体现我的策略。我觉得某只股票具有投资价值时，会用管理的西南证券账户和自己实际控制的账户都买进一部分，价格合适再卖出一部分，买卖没有先后顺序，不存在利益输送的问题。"如果以前者为证明标准，季某某拒绝承认其利用未公开信息从事相关交易，则难以证明其主观的故意，而以后者为证明标准，

则只需要证明季某某知晓未公开信息，且故意从事了相关交易，就可以证明其主观的故意。

另外，还有一种情况是行为人先以自有资金低位建仓，过后再作出使用公有资金投资同一金融产品的决策。这种情况下，行为人是否利用了未公开信息似乎已经无关紧要〔1〕。实际上，在这样的情况下，行为人在低位建仓之时并没有作出投资公有资金的经营决策，其本身也并不确定投资公有资金的时间点、数量、金额等，所以在此时并不存在所谓的未公开信息，仅具有投资该金融产品的概括性认识。但是，如果行为人具有操作公有资金的实力，则应该推定其职权范围内任何操作行为都属其事先知晓的未公开信息，即便是该决策还未作出。这是对未公开信息做出的法律范围之内的合理的扩张解释。这样只需要证明其故意从事了与公有资金相关的交易，则可认定其故意。

综上所述，本文认为司法实践中需要认定的主要是行为人明知是利用职务便利获取的未公开信息，而故意违反规定，从事与之相关的交易活动，则可认定本罪。

（三）本罪与相关犯罪的界定

1. 本罪与操纵证券、期货市场罪的界定

有学者认为本罪中刑法主要打击利用别人的“造市”行为“顺市而为”的行为，操纵证券、期货市场罪中刑法主要打击的是“造市”的行为〔2〕。然而，本罪并非全是“顺市而为”的行为，还包括了行为人先以自有资金低位建仓，过后再做出使用公有资金投资同一金融产品的决策这一种行为，此行为明显

〔1〕 参见龚正军：“老鼠仓犯罪立法模式的批判性反思——兼论规范构成要件之修正”，载《学术论坛》2009 年第 8 期。

〔2〕 石奎：“利用未公开信息交易罪的刑法分析”，载《财经科学》2014 年第 2 期。

具有“造市”特征。所以，本罪与操纵证券、期货市场罪之间的界定问题应当分而述之。

（1）利用获知的未公开信息从事相关交易的行为。此类行为就是利用自己所知的未公开信息，故意实行相关交易的行为，是典型的“顺市而为”，不涉及操纵证券、期货市场。

（2）利用职务权力从事相关交易的行为。此类行为分为两种情况，第一种情况就是上述的行为人主导公有资金的投资，在低位建仓后操纵公有资金投资同一金融产品的行为。以本案为例，季某某的第一项犯罪事实（趋同交易）即为此类。该行为从另一个角度看，可以理解为季某某为了拉高自己所持股票的价格，利用所持公有资金，集中资金优势，操纵证券交易价格。这看似符合《刑法》第 182 条（操纵证券、期货市场罪）第 1 款第 1 项的情形（即单独或者合谋，集中资金优势、持股优势或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的）。第二种情况是行为人进行的相对交易，即季某某的第二项犯罪事实。这看似符合《刑法》第 182 条第 1 款第 3 项的情形（即在自己实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的）。

这两种情况都看似符合操纵证券、市场期货罪的构成要件。但是，根据《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第 39 条，《刑法》第 182 条第 1 款第 1 项的立案标准是：“单独或者合谋，持有或者实际控制证券的流通股份数达到该证券的实际流通股份总量百分之三十以上，且在该证券连续二十个交易日内联合或者连续买卖股份数累计达到该证券同期总成交量百分之三十以上的。”第 3 项

的立案标准是："在自己实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约，且在该证券或者期货合约连续二十个交易日内成交量累计达到该证券或者期货合约同期总成交量百分之二十以上的。"一般的证券自营业务投资、基金投资是无法达到此类标准的，就算可以，行为人也会因为其触犯刑法而对其进行规避，不会突破这个标准。所以一般而言，利用未公开信息交易罪与操纵证券、期货市场罪不会产生交集。再进一步讲，假设行为人突破了此标准，则其使用自己实际控制的账户进行的交易构成利用未公开信息交易罪，使用公有资金交易的行为构成操纵证券、期货市场罪，同时构成了两罪。此时，因为操纵证券、期货市场是手段行为，利用未公开信息交易才是行为人的目的行为，则可认定为牵连犯。刑法理论一般认为，对牵连犯应当从一重罪处罚或者从一重罪从重处罚〔1〕。所以就按行为人的涉案金额以及行为结果判断所犯两罪孰轻孰重，从一重罪处罚或者从一重罪从重处罚即可。

2. 本罪与侵犯商业秘密罪的界定

依据《刑法》第219条第3款："商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。"首先，未公开信息具有秘密性，其不为公众所知；其次，未公开信息大多属于经营信息；再次，未公开信息能够影响权利人的利益。从上述三条都可以看出未公开信息与商业秘密的相似之处，但是，从实用性上来看，商业秘密对于权利人必须具有实用性、并能带来经济利益。虽然公布未公开信息可能会损及权利人的利益，但是不能理解为其能为权利人带来经济利益，且权利人并不能通过使用使这

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第440页。

些未公开信息来为自己谋取利益。所以，未公开信息不具有实用性，不属于商业秘密，此两者之间不具有交集。

未公开信息交易罪作为一个较新的罪名，在具体认定中具有一系列的问题有待讨论，但并不代表这些问题无法解决，也不代表需要通过设立其他罪名来取代之。在具体的司法实践中，这些问题都可以通过法律允许范围内的适当的解释来解决。在现有刑法的框架下，进一步开展理论探讨和实务研究，有利于静态的法律文本与动态的社会现实之间协调，让《刑法》能够实现惩治犯罪和保障人权的有机统一。

故意杀人既遂与故意伤害致人死亡主观认识内容的界分

——以何某故意杀人案为例

彭俊伟* 张海军**

一、基本案情

何某在被害人黄某某承包的工地工作，因黄某某未向何某支付5500元工资报酬，两人发生劳资纠纷。2014年2月17日13时许，何某来到重庆市某区某街道某公司大门外的某改造项目部找黄某某催讨工资，当何某发现黄某某的汽车后，便回到宿舍拿了一把水果刀携带在身。二人碰面后发生争执，何某持水果刀先后捅刺黄某某颈部、胸部、腹部和背部后逃离现场。黄某某受伤后被送往某区某医院，经抢救无效死亡。

2014年2月18日16时许，犯罪嫌疑人何某向公安机关自首。何某在侦查阶段共有六次供述，均供述捅死黄某某的犯罪事实，供述稳定。何某在供述中承认在作案前曾在多人面前说如果黄某某不还钱，就要杀掉黄某某，目的是为了通过放狠话恐吓他，让他能够及时还钱；在作案时没有考虑捅黄某某什么

* 西南大学法学院刑法学方向硕士研究生。

** 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

位置，也没有考虑后果，并在第四次供述中明确指出如果黄某某不还钱就杀他。经证人证实何某案发前确实多次说过要杀死黄某某，而且当日两人发生语言冲突。

经鉴定，黄某某右颈部体表创口创道向深部肌层延伸，创底见右锁骨下动脉分支椎动脉处一裂口，椎动脉横径2/3断裂，创口深3厘米；右侧胸大肌第3—4勒液前线4厘米裂口，创口深2.4厘米；腹盆部创周见肠管及系膜膨出，创道深达腹腔，创口深6.5厘米；右上背部创道深达胸壁，未进入胸腔，创口深3.5厘米。结合现勘时发现现场大量血迹、全身衣物血侵等情况综合分析，黄某某系单刃锐器刺破椎动脉致失血性休克死亡。右侧胸壁、右上背部及右上腹部均非致命伤。

二、争议焦点

本案的争议焦点在于：何某对黄某某身上连捅数刀并导致其死亡，到底是出于故意杀人的故意还是故意伤害的故意，即何某的行为应当认定为故意杀人既遂还是故意伤害致人死亡。

第一种意见认为，何某的行为构成故意杀人既遂。何某明知捅刺黄某某的颈部等致命部位可能会导致死亡的结果，仍然实施了该行为，说明其对黄某某的死亡结果持希望或放任的态度，因此具有杀害黄某某的主观故意。此外，黄某曾主动供述自己要杀黄某某；从客观情况来看，何某的致命伤发生在颈部，而何某作案后并没有对黄某某进行施救行为。

第二种意见认为，何某的行为构成故意伤害致人死亡。黄某某欠何某5500元工资一事并不能使何某产生杀人的故意，何某多次对别人声称要杀死黄某某只是出于一种恐吓使其能尽早还钱的目的；而从客观情况来看，除了第一刀是在比较致命的部位，后面几刀大都损害较轻，如果何某出于一种杀人的故意，

完全可以继续攻击黄某某的致命部位。因此综合来看，何某的行为只是为了发泄心中的愤懑而对黄某某采取伤害行为，其主观内容应为故意伤害，因此定为故意伤害致死为宜。

三、观点透析

（一）故意杀人罪与故意伤害罪界限的理论区分

故意杀人罪指的是故意非法剥夺他人生命的行为，而故意伤害罪则指的是故意非法损害他人身体健康的行为。在实践中这两类案件的定性上，公安、检察与法院之间往往会出现分歧意见。其中，故意杀人既遂与故意伤害致死尤为容易混淆，因为两者在结果上都导致了被害人的死亡，而认定被告人的主观内容是非常困难而又争议极大，进一步增大了对案件定性的难度，给司法实践带来很大的难度和考验。

在理论上，对故意伤人罪和故意伤害罪界限的区分主要有以下观点：

1. 故意说

故意说是大多数学者所持有的观点。这种学说认为，故意杀人罪与故意伤害罪的根本区别在于主观上故意内容的差异，如果行为人明知自己的行为会引起他人死亡的结果，并且希望或者放任这种结果发生的，则可以认定其具有剥夺他人生命的故意，该行为的性质为故意杀人，而最终是否造成了害人死亡的结果则在所不问；如果行为人只具有伤害他人身体健康的故意，即使最终导致被害人死亡，但这种结果违背了行为人的意愿，超出了其故意内容，因而只能认定为故意伤害。将故意内容作为区分这两种犯罪的标准的理由是：首先，行为人的行为是由其主观意识决定的，而这种主观上的根据反过来又能决定该行为的性质；其次，刑法意义上的行为与行为人的意识密不

可分，是犯罪意识通过行为人外部身体动作的具体呈现，如果行为人没有犯罪意识，即使在客观上造成了被害人死亡的结果，也不能称之为刑法意义上的杀人行为；最后，由于故意杀人罪和故意伤害罪在客观方面的后果很可能是相同的，而客观行为上也往往具有相似之处，所以主观上以故意内容区别这两种犯罪行为无疑有其合理性和必要性。

2. 目的说

该学说认为区分故意伤害罪与故意杀人罪的界限，关键在于犯罪目的不同。因为犯罪目的既是犯罪活动的出发点，也往往贯穿了犯罪活动整个过程。就故意杀人和故意伤害来讲，故意杀人罪的最终目的为了剥夺他人的生命，而故意伤害罪则是为了损害他人的身体，这两种不同的犯罪区别的实质在于内在属性的不同，也就是一个是出于杀人的目的，而另一个是出于伤害的目的，而这种目的差异又决定了与之相适应的行为方式以及带来的符合规律的结果。因此，不论行为人的动机是什么，也不管行为人采用了什么手段和方法，只要是出于杀人的目的，就应当构成故意杀人罪；如果行为人的目的仅仅是出于伤害的目的，不管是重伤或者死亡，均应以故意伤害罪论处。

3. 作案过程说

此外，还有的学者认为，由于仅从行为人的供述很难有效地认定行为人当时的心态和目的，因此应当以案件的事实为依据，通过分析行为人的作案经过和细节来推定行为人到底是故意杀人还是故意伤害。在这种学说中，行为人的手段和方法都是区分故意杀人和故意伤害的标准，比如对工具的选择和使用，对打击部位的分析以及行为人行凶时候的表现，甚至在犯罪现场说过什么话都可以成为评判的依据和标准。

在上述三种观点中，我们认为故意说揭示了故意伤害罪与

故意杀人罪在本质上的区别。故意伤害罪与故意杀人罪的本质区别在于：行为人在实施犯罪行为时主观内容上到底是杀人的故意还是伤害的故意。“目的说”用行为人的目的来区分，在实践中很难区分间接故意杀人与故意伤害致死，而“犯罪过程说”有其合理的因素在，但是最终目的仍然是为了认识行为人的主观内容，可以说是“故意说”的应有之义。

（二）主观内容的认定——故意杀人既遂与故意伤害致死的实践困境

按照我国传统的四要件理论体系，在实践中对故意杀人罪与故意伤害罪的区别主要从以下几个方面：第一，从主体上来说，故意杀人罪的主体仅仅是指已经年满 14 周岁且有刑事责任能力的一般主体的自然人，而故意伤害罪的主体按照客观的危害后果具体可以分为两种情况，导致重伤或者死亡的，主体为年满 14 周岁且有刑事责任能力的一般自然人；而导致轻伤则要求行为人年满 16 周岁且有刑事责任能力方承担刑事法律责任。所以从主体上将两罪区别开来较为容易，如果是故意杀人要求行为人年满 14 周岁且具备刑事责任能力即可；而故意伤害致死的主体与此相同。第二，从主观上来讲，故意杀人罪要求行为主体具有杀人的故意，一是直接故意杀人，即对被害人死亡结果发生具有主观意愿；二是间接故意杀人，即对被害人死亡结果发生采取放任的态度。故意伤害致死在主观方面表现为非法伤害他人的故意，也分为直接故意的情况和间接故意的情况两种；直接故意是指明知自己的行为会对受害人造成具体的伤害，但仍然放任该后果的发生；而间接故意伤害的情况是指行为人对于自己的行为会造成怎样的后果并没有明确的认识，在这种情况下就按客观的结果来认定，如果没有造成伤害则不予论罪。第三，客体上来讲，故意杀人罪侵犯的是他人的生命权，而故

意伤害罪是他人的。第四，就客观方面来说，犯罪人表现为非法剥夺他人生命的行为。就行为人的非法行为是否造成被害人死亡的结果来看，又分为故意杀人罪既遂和故意杀人罪未遂两种情况。而故意伤害罪在客观方面表现为非法损害他人健康的行为，死亡结果作为伤害的加重情节。

具体到故意杀人既遂还是故意伤害致死的区别，从主体上两罪都要求行为人年满14周岁且具备刑事责任能力即可，何某为完全刑事责任能力人，因此主体上并不能将两者区别开来；虽然两罪的客体不同，但是故意杀人既遂与故意伤害致死都导致了被害人死亡的结果，使得这种理论上的区别在客观无法体现出来，此时两者之间显示出了客观结果的趋一性。因此，在这种情况下，对于何某主观内容的认定就成了对其行为进行定性的关键性因素。故意杀人既遂与故意伤害致死在主观内容的不同表现在：故意杀人既遂时，行为人在主观上对其行为必然或可能造成他人死亡是明知的，而且希望或放任这种结果的发生，死亡结果的发生至少不违背行为人的主观意愿；而故意伤害致死时，行为人的目的在于侵犯他人的身体健康权利，行为人对其行为必然或可能对他人造成伤害是明知的，并且希望或放任这种结果的发生，但是死亡结果却不在行为人希望或放任的范围之列。

但是，由于客观情况的复杂性和主观故意的隐蔽性，犯罪故意的内容有时并不是那么容易发现和认定的。〔1〕犯罪故意的主观内容属于被告人的主观意识与意志，来自于一个人的内心，正所谓“画龙画虎难画骨，知人知面不知心”，对于主观内容的认识如果缺乏科学的标准和严谨认真的态度，往往因为主观随

〔1〕 石朋波：“浅谈故意伤害罪与故意杀人罪的界限”，载《学理论》2009年第8期。

意性较大而出现错误，这对于刑事案件的定性显然是致命的。而行为人在供述时为了逃避罪责，经常避重就轻或颠倒黑白，进一步加重了对犯罪故意主观内容认识的困难。如果不对行为人的主观内容有正确的认识，对其供述的内容言之听之，则绝大部分的犯罪分子都有可能逃脱法律的处罚。

本案中何某在供述中称只是想“吓吓黄太平把钱拿给我”，是因为“觉得他要动手打我”或者“觉得他是想来抢我的刀”，才对被害人连连逞凶。我们当然要依据科学的标准，并结合具体的案件事实，来对他故意的认识内容作出科学的认定。

（三）故意杀人既遂和故意伤害致死主观内容的认定

1. 故意杀人既遂和故意伤害致死主观内容的认定原则

人的思想支配人的行为，人的行为又是人的思想的客观外在反映。因此，分 析行为入的主观内容，必须从分析客观行为着手。[1] 但是，在对客观行为进行分析的过程中，应当避免过于简单化和肤浅化。比如有人简单地从将凶器作为认定行为人行为性质的唯一依据，如果行为人采用的凶器杀伤力较大，就将其认定为故意杀人，反之则认定为故意伤害罪，这样做的后果是容易导致客观归罪。因此，我们在对故意杀人既遂与故意伤害致死的主观内容进行认定的时候，应“坚持主客观相一的原则，既要分析行为人的主观心理状态，包括犯罪动机、目的，又要分析行为人的犯罪行为，犯罪手段和后果，同时还要分析有无其它客观情况的出现，从而作到定性无误，罚当其罪”。[2]

2. 故意杀人既遂和故意伤害致死主观内容的认定路径

（1）行凶动机。一般来说，故意杀人罪的行凶动机主要有

---

〔1〕 王礼仁：“盗窃罪主观内容之我见”，载《法学评论》1990 年第 3 期。

〔2〕 时天源、贾文彬：“在实践中正确区分故意杀人罪和故意伤害罪”，载《云南法学》1995 年第 3 期。

泄愤、报复和贪财等情况，并在主观上以夺人性命为最终目的；故意伤害行为从动机上来说更为多样化，除了故意杀人所常见的动机外，有时候动机并不是很明显，可能只是出于一时的冲动或者激愤。[1] 常见的比如聚众斗殴，可能根本与对方素不相识而采取了伤害他人身体的犯罪行为。

(2) 凶器。行为人分子对凶器的选择和使用，能在一定程度上反应犯罪分子的主观意向和预期目的。行为人使用砍刀、枪支与使用棍棒在杀伤效果上显然是不一样的；从整体上来说，行为人使用杀伤力越强的凶器，越能证明其在主观上希望置人于死地的目的，如果在有多种凶器可供选择的场合，如果行为人选择杀伤力较小的凶器，则倾向于认为其是出于故意伤害的故意。

(3) 行凶部位与行凶力度。到底是夺人性命还是仅仅出于伤害的目的，在行凶部位与行凶力度上能够反映出来。如果是出于杀人的故意，往往会对被害人的致命部位进行打击，如直接攻击被害人的头部、心脏，而且力度很大；而故意伤害的犯罪行为通常使行为人的非关键部位受到伤害，力度也相对较弱，即使出现死亡后果，一般也是由于失血过多或者其他意外因素导致的。

(4) 现场语言。语言是一个人内心思想的流露，行为人作案前后的语言，尤其是在作案现场说的话，在一定程度上是其主观内容的最直接的反应，对我们分析行为人的主观内容有很大的参考价值。

(5) 作案后有无救助。行为人行凶后对被害人有无抢救，是否采用呼救或将其送往医院等救助行为，也是区分其主观内

---

〔1〕 王壹："故意杀人罪和故意伤害罪比较分析"，载《长春工程学院学报（社会科学版）》2013 年第 14 卷第 1 期。

容的一个重要方面。如果行为人行凶后扬长而去，甚至将被害人抛置于人迹罕至的地方，使其难以获得及时有效地治疗，说明行为人对死亡结果是一种放任的态度。而激情犯罪者虽然为了发泄心中愤懑而打击被害人的要害部位，但又能很快醒悟，进而对被害人采取救助措施。

（6）供述。供述的内容、稳定性以及前后是否矛盾也是认识主观内容的重要方面。如果行为人供述直接承认就是出于一种杀人的故意而对被害人进行攻击，出现死亡的结果正如其所愿，那么对其主观内容的认定要容易许多。但是为了逃避罪责，行为人往往隐匿自己的故意内容，供述时不尽言尽实，反复不一。如果行为人刚开始供述其有主观杀人的故意，后来又极力否认，百般抵赖，则有隐匿其犯罪故意的内容之嫌。此外，行为人供述时虽然经常避重就轻，前后矛盾，但也往往会不经意间将一些真实的情况流露出来，如果能够与其他证据相印证，无疑对我们认识其主观内容有很大的帮助。

（四）结论

从动机上来讲，黄某某有拖欠何某工资的事实，何某屡次讨要未果，而且黄某某的态度极为恶劣，何某早就对其怀恨在心；经多人证实，何某曾多次在他人面前表达过要杀死黄某某的意思，而且当天在见黄某某之前，何某早在身上藏有足以致死的利刃，可见其早有杀死黄某某的主观意图；此外，经证人何某某和王某某证实，当日两人路过时，都听见何某讲过“黄总，你有点凶哦”这句话，另经何某供述，当天黄某某对其态度十分恶劣，有过极为严重的辱骂行为，结合之前何某心怀愤懑的表现，也很有可能使其产生杀人的动机。当然，就此就认为何某的主观内容是故意杀人显然太过武断，还需要我们从客观情况进行进一步分析。从凶器上来看，何某的选择是足以致

人死命的水果刀，而不是杀伤力较小的棍棒或其他钝器；从行凶部位来看，何某的第一刀就是黄某某的颈部，按照一般的常识，我们大都知道颈部是一个人的致命部位。而且从力度上来看，何某的第一刀致使椎动脉横径2/3断裂，第二刀到第四刀分别导致深度为2.4厘米、6.5厘米和3.5厘米伤口，考虑到当时的天气较冷，黄某某当日穿的衣服也很厚，全部衣服被刺穿足以说明何某用水果刀捅刺的力度是非常大。在对黄某某的致命部位进行攻击而有力度如此之大的情况下，从认识因素来看，对此可能会造成死亡的结果何某应该是明知的。本案在现场语言上可供分析的地方不多，但是可以证实在案发前多次表示过要杀死黄某某，现场两人也爆发了激烈的语言冲突。从作案后的情况来看，何某在作案后逃离现场，并没有进行任何呼救或将其送往医院进行救治，也没有任何其他的救助行为，黄某某最终因为失血过多而死亡。结合何某选择的凶器、行凶的部位和力度以及最后没有任何救助的情况来看，可见黄某某的结果发生与否都不与其意志相冲突，从意志因素上来说，是一种典型的听之任之的放任的态度。[1]而且从最后的供述上来看，何某的供述比较稳定，并在第四次明确指出“如果不把钱拿给我的话，我就要杀他”，也可以印证其确有故意杀人的意图。

综合以上分析：何某明知自己的行为可能会造成黄某某死亡的结果，并且放任这种结果的发生，其主观内容应为故意杀人，何某的行为最终构成故意杀人既遂。

---

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第243页。

强奸罪疑难问题解析

——以罗某、钟某共同强奸案为例

龙　燕*

一、基本案情

被告人罗某，男，1991年2月23日出生，无业。

被告人钟某，男，1992年7月12日出生，无业。

本案经C市公安局S区分局侦查终结，S区人民检察院向S区人民法院提起公诉。

C市S区人民法院经审理查明：2010年12月7日凌晨，被告人罗某、钟某在一网吧玩耍时，遇见了与罗某认识的被害人陈某某，后三人返回陈某某租赁房内玩耍。在租赁房内罗某与钟某通过短信方式共谋奸淫陈某某。罗某给钟某十元钱，授意钟某离开房间在网吧等候。后罗某不顾陈某某反抗将其奸淫。罗某实施奸淫行为后回到网吧，告知钟某自己已经与陈某某发生了性关系，并煽动钟某奸淫陈某某。钟某在罗某的陪同下返回到陈某某租赁屋。罗某在门外等候，钟某不顾陈某某反抗实施奸淫行为，但因陈某某剧烈反抗并逃出门外而未能得逞。案

* 重庆市人民检察院第一分院公诉二处。

发后，被害人陈某某向公安机关报案。公安机关将钟某抓获，在钟某协助下将罗某抓获。审理过程中，钟某赔偿陈某某各项经济损失，得到了谅解。

C市S区人民法院审理认为：被告人罗某、钟某违背妇女意志，采取暴力手段，强行与妇女发生性关系，且属于二人以上轮奸，其行为严重侵犯妇女性的不可侵犯的权利，均已构成强奸罪。鉴于钟某有立功情节，赔偿了被害人经济损失，得到被害人谅解，依法可以减轻处罚。据此，依据《中华人民共和国刑法》相关规定，判处罗某有期徒刑十年，钟某有期徒刑三年。

二、争议焦点

从本案认定的事实来看，对罗某、钟某构成强奸罪没有异议，但对被告人是否具有轮奸情节，是否应当认定犯罪既遂和从犯存在较大争议。第一种意见认为，二被告人的行为不构成轮奸，对罗某、钟某应当分别认定为强奸罪既遂和强奸罪未遂；第二种意见认为，二被告人的行为构成轮奸，应当适用具有轮奸情节的法定刑，但对罗某、钟某应当分别认定为强奸罪既遂和强奸罪未遂；第三种意见认为，二被告人的行为构成轮奸，均应认定为强奸罪既遂，但对钟某可以认定为从犯。

三、观点透析

本案上述争议源于对以下几个问题的不同认识：第一，在轮奸犯罪案件中对于强奸行为未得逞的，能否认定为强奸罪未遂？第二，轮流实施强奸行为，一人得逞，一人未得逞，能否认定为轮奸？第三，在轮奸犯罪案件中对于强奸行为未得逞的，能否认定为强奸共同犯罪的从犯？

（一）共同犯罪中，部分行为人强奸行为已得逞，未得逞的行为人亦应认定为强奸犯罪既遂

有人认为，对于参与轮奸的共犯，应以强奸得逞与否来划分强奸既遂与未遂，不应把在轮奸中没有得逞的共犯与在轮奸中已得逞的共犯相提并论。理由是：其一，轮奸共犯的既遂与一般犯罪共犯既遂有区别。强奸罪既遂必须是行为人与妇女发生性行为，如果行为人没有与妇女发生性行为，就不构成强奸既遂。而一般犯罪既遂的犯罪构成只强调主观故意。如故意杀人罪的共同正犯，只要有共同杀人的故意，在共犯中，尽管不是每一个共犯均实施杀人的行为，但只要有人导致死亡结果，那么所有共犯均成立杀人既遂；其二，强奸既遂具有不可替代性。强奸既遂要求每一个行为人必须实施与妇女性交的行为，这种性交行为是针对单个人的行为，并非包括其他共犯。如果共犯中有的在轮奸中已得逞，但不能替代在轮奸中未得逞的共犯。

笔者认为，共同犯罪中，部分行为人强奸行为已得逞，未得逞的行为人亦应认定为强奸犯罪既遂。理由如下：

第一，根据共同犯罪“一人既遂、全体既遂”的基本原理，只要共同行为人中有一人的犯罪行为得逞，各共同行为人的犯罪行为均应认定为犯罪既遂，部分行为人的强奸行为未得逞，不影响犯罪既遂的认定。共同犯罪与单独犯罪的不同就在于，共同犯罪是一个整体，只要共犯是在共同故意的支配下实施的行为，那么任何共犯的行为都是共同犯罪的部分，而且是其他人承担刑事责任的基础。对每一个共犯而言，其他人的行为都是共同犯罪行为，都是自己行为的部分。当然，如果共同行为人的强奸行为均未得逞，则应当认定所有行为人的犯罪形态均为未遂。

第二，强奸罪不属于亲手犯，对于共同犯罪行为的犯罪形态认定应当遵循共同犯罪的一般原则。各国刑法普遍规定，强奸罪的犯罪主体是男性。因而，一般情况下，具有刑事责任能力的男子实施强奸行为的可以构成强奸罪，反之若是女子单独实施强奸行为的不可以构成强奸罪。但女子教唆或帮助具有刑事责任能力的男子实施强奸行为的，然则该行为应认定为强奸罪的既遂。此时，虽然该女子不可能单独成为强奸罪的主体，但是其可以跟其他具有共同故意的男子构成强奸罪的共同犯罪。根据共同犯罪中的“部分行为全部责任”的处罚原则，该女子也构成强奸罪的既遂。可见强奸罪并不属于亲手犯，行为人教唆或帮助他人实施强奸行为的也可以达到强奸罪的既遂形态。实际上，不仅仅当女子教唆或帮助具有刑事责任能力之男子实施强奸行为构成强奸罪，在司法实践中，已经出现了教唆不具有刑事责任能力之男子实施强奸行为时，女子也构成强奸罪的实例。即“在法院的审判实例中，对于妇女利用无刑事责任能力之男子，使之强奸其他妇女的行为，仍认定为强奸罪的间接正犯。日本1965年在最高裁判所的判例中，也一改以前的做法，否认强奸罪属于亲手犯”。〔1〕据此，强奸罪并不属于亲手犯，因此对于强奸中的共同犯罪行为的犯罪形态认定应当遵循共同犯罪的一般原则，恪守“部分行为全部责任”的准则。

第三，认定一个犯罪既遂与否的标准，是看该行为是否符合该某一犯罪的犯罪构成而不是将犯罪结果与犯罪人的主观想法相比较。即使犯罪行为没有达到犯罪人预期的目的，但只要符合犯罪既遂的构成要件的也应当认定为犯罪既遂。

本案中，被告人罗某和钟某共同实施强奸被害人陈某某的

---

〔1〕 李海滢：“亲手犯问题研究”，载《中国刑事法杂志》2004年第4期。

行为，其中罗某强奸得逞，钟某强奸未得逞，根据上述理由，对二被告人的行为依法均应认定为强奸犯罪既遂。

（二）共同轮奸犯罪案件中，其中某行为人的强奸行为是否得逞，不影响对各行为人具有轮奸情节的认定

对于构成轮奸情节是否以所有行为人的奸淫行为得逞为标准，理论界和实务界均存在不同的认识。有人认为，三人企图轮奸，结果只有一人得逞的，也不影响轮奸的成立，三人均承担轮奸既遂的责任。[1] 有人主张，二人企图轮奸，只有一人得逞的，全案不能以轮奸定性，也不能认定为强奸共犯既遂，而应分别按照强奸罪既遂、未遂判处。理由是，在特殊共同犯罪中，基于某种实行犯的行为之不可替代性，故仍应存在部分个体未遂或中止的可能，这是对普通共同犯罪中“部分行为，全体负责”这一原则的必要例外与补充。[2]

笔者认为，各行为人的强奸行为是否得逞，并不影响对各行为人具有轮奸情节的认定。理由如下：

第一，罗、钟二人的行为具备了轮奸既遂的构成要件。轮奸既遂的情节要件包含两个方面：首先，具备两个以上的行为人有实施轮流强奸的行为，其次，行为人的行为构成强奸罪基本犯罪的既遂。在本案中，由于罗、钟二人事前已经共谋实施强奸他人的行为，因此当二人将该犯意付诸实施时，该行为就已经符合了轮奸的情节要件。所谓轮奸的情节要件，是指在短时间内，二人以上行为人违背被害人意志对同一被害人实施奸淫的行为。关于强奸罪的基本犯罪是否既遂，笔者在上文已经

---

〔1〕王志祥：“共同实施强奸仅一人得逞，应如何定性”，载《中国检察官》2008 年第 9 期。

〔2〕许航：“对于强奸罪中轮奸、共犯既未遂问题的思考”，载《中国检察官》2008 年第 9 期。

加以论述，即在此种情况下，罗、钟二人属于强奸罪的共同犯罪，二人的行为合成一个整体，“一人既遂，则全体既遂”，此二人都应当构成强奸罪的既遂。因而，在轮奸既遂的两个要件都符合的情况下，罗、钟二人的行为都认定为轮奸的既遂是根据轮奸的犯罪构成要件得出的应然结论。

第二，将罗、钟二人的行为认定为轮奸的既遂，符合共同犯罪中“部分行为全部责任”之原则。作为共同犯罪而言，“部分行为全部责任”之原则是其理论之精髓。其对于有效打击犯罪、保障人类安定的生活秩序功不可没，因此保证该原则的顺利实现具有重要的意义。当然该原则的实施也必须受到一定的条件限定。例如，在间接正犯的场合该原则就无法适用。但对于强奸罪而言，该原则是应当加以适用的。强奸罪不属于亲手犯。根据上文的论述可知，在强奸罪的情况下，即使是女子教唆或帮助其他男子实施强奸行为的，也可以构成强奸罪，此时该女子和其他男子共同实施强奸另一女子的行为与一男子单独实施强奸另一女子的行为在本质上并无不同。因此，对于强奸罪的共同犯罪而言，只要一人实施了强奸罪的既遂，其他人都应当认定为既遂，这是依据共同犯罪中“部分行为全部责任”原则所得出的必然结论。反之，以一行为人的强奸行为未遂（强奸未得逞）为由，否认与共同犯罪人构成轮奸情节，实质上人为割裂了共同犯罪人共同轮流强奸的犯罪故意和行为，其结果只能是对未得逞者的犯罪行为进行单独认定，不足以全面反映犯罪人与他人在共同犯意（轮流强奸的故意）下所实施的犯罪行为，违背了主客观相一致的原则。

第三，将罗、钟二人认定为轮奸的既遂符合刑法条文的应有之义。所谓轮奸，是指“两人以上在一较短时间内先后轮流

强奸同一妇女的”[1]；“轮奸是指二男以上出于共同强奸的故意，在同一段时间内，对同一妇女（或幼女）连续地轮流强奸（或奸淫）的行为”[2]。根据现代汉语词典的解释，所谓轮奸是指，两个或者两个以上男子轮流强奸同一女子。从上述解释可以得知，在轮奸的认定中，只需要两个以上的男子实施强奸的行为即可，而对于是否要求每一个男子的行为都单独成立既遂，即每个男子都和被害女子实际发生了性关系，则不是轮奸所要求的。因此，只要两个以上的行为人具有实施轮奸的故意，并且将其犯意付诸实施的即具备了轮奸的行为，就应当认定为符合轮奸的情节要件。这是从轮奸的解释中所得出的必然结论。否则，如果人为地将轮奸的成立要件限定为各行为人都实施了强奸的实行行为，则导致司法实践中轮奸的认定范围大大缩小，不利于对犯罪的打击和对社会良好秩序的保护，刑法的目的也最终难以实现。

第四，将罗、钟二人的行为认定为轮奸既遂与刑罚的内在根据相一致。刑罚的目的在于预防犯罪，这种预防是通过对犯罪人主观方面加以改正实现的。在决定刑罚的适用与否以及适用的程度上，行为人的主观方面起决定性意义。因此，笔者认为，刑罚的根据在于犯罪人的主观恶性。犯罪人主观恶性达到一定程度的，就应当通过刑罚的方式加以矫正，犯罪人主观恶性越强烈，则应给予的刑罚也应当相应加重。本案中，罗某、钟某二人是以轮奸的故意实施犯罪行为，其主观恶性极大，将二人的行为认定为轮奸既遂不会发生处罚过于苛刻之情状，这也是同刑罚的内在根据——行为人的主观恶性相符的。

---

〔1〕 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 478 页。

〔2〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2003 年版，第 695 页。

根据上述理由，被告人罗某和钟某二人达成强奸被害人陈某某的通谋，并对被害人陈某某轮流实施了强奸行为，尽管钟某的行为没有得逞，但并不影响对二被告人具有轮奸情节的认定。

（三）强奸行为未得逞的行为人是否认定为共同犯罪的从犯，应当根据其在犯罪中的地位、作用等多方面因素综合认定

根据《刑法》第27条的规定，从犯包括两种类型：一种是在共同犯罪中起次要作用的犯罪分子；另一种是在共同犯罪中起辅助作用的犯罪分子。司法实践中，对于起辅助作用的犯罪分子的认定比较容易把握，但对于起次要作用从犯的认定，理论界没有明晰的界定，实践中也没有提炼出统一的认定标准。笔者认为，在同案犯都是实行犯的案件中，对主、从犯的认定应当综合考虑以下因素：首先，审查行为人是否是犯意提起者；其次，审查各实行犯在案件中的具体分工、地位、作用，即考查具体行为与犯罪构成客观方面的关联程度，考查行为人在共同犯罪中是指挥还是听命于其他同案犯，考查行为人的具体行为与犯罪后果之间的因果关系；再次，审查各实行犯在案件中的活跃程度。有的行为人虽然不是造意者，但在犯罪过程中表现十分积极，也不宜认定为从犯；最后，审查各实行犯参与犯罪过程的时间长短。

本案中，被告人罗某首先提出强奸被害人陈某某的犯意，被告人钟某表示同意，之后罗某给钟某十元钱，授意钟某离开房间在网吧等候，罗某先对陈某某实施强奸行为，此时，罗某的行为已经完成了强奸罪的构成要素。在共同犯罪过程中，罗某是犯罪意图的提出者，率先实施了强奸行为，后告知钟某其已完成强奸行为，并煽动钟某返回租赁屋奸淫陈某某，因此，

罗某在共同犯罪中所处的地位、作用比钟某大，其参与犯罪的环节比钟某多，参与犯罪的过程比钟某更为完整。加之，钟某在犯罪过程中，因陈某某的激烈反抗而未得逞，其强奸行为对被害妇女的身心健康直接造成的危害程度低于已得逞者。基于上述分析，可认定罗某系主犯，钟某系从犯。而对于从犯，根据法律的规定是可以从轻、减轻或者免除处罚的，此时便不会出现不当增加钟某的刑罚，以致处刑不公之现象。一审法院未区分主从，仅因钟某协助抓捕罗某的一般立功情节以及赔偿被害人损失、得到谅解的酌定从轻处罚情节而从十年以上有期徒刑减轻至有期徒刑三年的判决，值得商榷。

综上，对未得逞者是否认定为从犯，应当结合案件实际情况，综合未得逞者在案件中的分工、地位、作用、实际参与程度等多方面因素予以全面分析，不应仅仅从其是否完成自身的强奸行为进行片面认定。

王某某绑架案：绑架罪行为方式分析

袁流东*

一、基本案情

2013年3月26日，犯罪嫌疑人王某某因赌博欠债无力偿还，遂产生通过绑架其姑婆吴某某（本案被害人，女，64岁）的方式向吴某某的女婿索要钱财的念头，并于2013年3月27日购买了一张电话卡用于作案。2013年3月28日上午9时30分许，王某某在重庆市某县某街道办事处吴某某居住的小区门口将其骗上自己的摩托车，骑行约半小时后将吴某某带至郊外一水库边。期间，王某某数次通过上述手机号码，以吴某某的人身安全为威胁，向吴某某女婿发送短信索要人民币20万元。同日，王某某与吴某某在水库边聊天至13时30分许，因吴某某提议回家，王某某因害怕事情败露，随即将吴某某推入水库企图杀害吴某某。吴某某不会游泳，后被当地群众救起。王某某逃离现场后，继续短信联系吴某某女婿索要赎金，于当日16时在重庆市潼南县某招待所被公安机关抓获。

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

一审法院认定王某某以勒索财物为目的，绑架他人并杀害被绑架人，其行为构成绑架罪，应予依法惩处。王某某到案后如实供述其犯罪事实，系坦白，依法可予从轻处罚。王某某检举他人犯罪事实，经查证属实，系立功，依法可予减轻处罚。王某某系初犯，案发后委托亲属代为支付了被害人医药费等费用，积极赔偿经济损失，有悔罪表现，可酌情从轻处罚。一审法院依法判处王某某无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。后王某某上诉，二审法院维持原判。

二、争议焦点

对于王某某的行为如何定性，主要存在两种观点：第一种观点是认为构成敲诈勒索罪和故意杀人罪。原因在于王某某向吴某某家人发送短信以吴某某的人身安全为威胁勒索钱财时，并未实际控制吴某某；吴某某是成年人，王某某是以欺骗的方式将吴某某骗至水库旁；吴某某在被王某某推下水库之前，并未意识到自己的人身自由受到限制。而王某某推吴某某入水库的行为是临时起意，符合故意杀人罪的构成要件，应单独评价。第二种观点是认为构成绑架罪。原因在于王某某在发短信息向吴某某家人勒索钱财时，吴某某已经处于王某某实力控制下。吴某某作为一名老年人，被王某某骗至偏僻的水库边，其已经丧失了支配其人身自由的条件。吴某某一旦要求离开，就被王某某推入水库，这也可以证明，吴某某的人身自由早已被王某某控制。王某某的杀人行为属于《刑法》第239条第2款规定的绑架罪，又“杀害被绑架人的”，不应单独评价。

两种观点的产生，源于对以下问题的不同认识：第一，对于成年人的诱骗行为，是否可以成为绑架罪的实行行为？在本案中，吴某某被诱骗至水库边和王某某聊天，吴某某的人身自

由是否已经处于行为人的实力控制下？第二，如何评价王某杀害吴某某的行为？

三、观点透析

（一）绑架罪行为方式的界定

有的学者认为，绑架行为在方式上仅限于“暴力、胁迫及麻醉”三种情形[1]。其基本依据是全国人大常委会1991年《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》第2条及1992年最高人民法院《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定〉的若干问题的解答》第5条的规定。其中，暴力主要是指对被绑架人实施殴打、伤害、捆绑等使被害人不能、不敢反抗的人身强制行为；胁迫是指对被绑架人以将要施以杀害、伤害进行威胁、恫吓使其不敢反抗的精神强制行为；麻醉是指行为人通过给人质吸食、注射麻醉药物或采用其他方法物理麻醉被害人的神经系统，使被害人处于不知或不能反抗的状态。另一种观点认为，本罪客观方面行为方式除上述方法外，还应包括其他方法[2]。因为“绑架的实质是在于将他人劫持，并置于行为人的控制之下，绑架人质通常是用暴力、胁迫或麻醉方法，但实施绑架的方法远不止这些，还有些以欺骗、引诱等手段将被害人劫持的。只要劫持并限制了被害人的自由，并置于行为人控制之下，不论使用什么手段和方法，均符合该罪的客观特征，均应属绑架”。还有一种观点则认为，绑架是一种持续的行为，从整个过

〔1〕 杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》（第2版），北京大学出版社2001年版，第320页。

〔2〕 陈兴良：《刑法疏义》，中国人民公安大学出版社1977年版，第405页；高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社1997年版，第703页。

程来分析，就使用欺骗、利诱等方法控制被害人而言，似乎没有暴力，但行为人此后却将被害人置于自己的实际控制之下，往往表现为将被害人拘禁于一定场所，使其失去人身自由，而拘禁本身又是一种暴力，所以“其他方法”仍然是暴力方法。〔1〕

笔者认为，首先应当明确，绑架行为手段的认定应定位于“实现控制人质的阶段”，而不包括控制人质后“持续拘禁人质的阶段”。绑架罪是持续犯，在绑架罪的整个犯罪过程中，行为人为控制人质而针对人质的人身所采用的各种方法，都可以视为绑架罪的行为手段。而在具体案件中，行为人在绑架行为的持续过程中，可能进行手段的转换，如在实现控制人质的阶段采用暴力的方法，而在拘禁人质阶段采用胁迫或欺骗的方法。但在绑架行为既遂后，为维持控制人质人身自由而进行的手段转换，并不引起人质人身自由被剥夺状态的中断。所以，在考察绑架罪的行为手段时，有决定意义的是行为人在“实现控制人质阶段”所采用的方法。

在犯罪方法不断演变，犯罪现象千变万化的现实中，在刑法对绑架罪的犯罪方法未予以明文规定的情况下，将本罪的犯罪方法限定为几种具体的手段，不仅缺乏法律依据，而且也与司法实务不符。就绑架的本质而言，绑架罪实际上就是一种特殊的非法拘禁行为，与一般的非法拘禁不同的是，绑架罪中的行为人除非法剥夺被害人人身自由外，还具有以被害人为人质进行勒索财物或提出其他违法要求的实行行为。因此，从理论上讲，凡是非法拘禁罪可以使用的方法，没有理由不可以成为绑架罪的方法。只要能实际控制被害人的人身自由，无论使用

〔1〕 张明楷：“论绑架勒赎罪”，载《法商研究》1996年第1期。

什么方法和手段，均可以构成绑架罪。就司法实践来看，行为人利用醉酒或单纯利用被害人不知反抗而实施绑架的情形也大量存在。当这种行为方式能实际控制被害人，侵犯其人身权利，进而又勒索财物或提出其他不法要求，侵犯第三人自决权时，就符合了绑架罪的特征，因而没有理由否认采用“暴力、胁迫和麻醉”之外的其他方法也能构成绑架罪。而对“其他方法”的界定，应立足于该罪侵犯人身自由这一本质特征，“其他方法”应具备下列条件：第一，违背被害人行动自由的意志；第二，将被害人置于行为人的控制之下，并使被害人不知反抗或不能反抗。

（二）欺骗行为是否为绑架罪的实行行为

对于欺骗行为是否属于绑架罪的“其他方法”，理论上和实践中都存在着分歧。笔者认为，这里实际上涉及行为人采用欺骗的行为进行绑架时，被绑架人对限制人身自由事实的认识问题。我国台湾地区“刑法”认为欺骗是绑架行为之一，台湾地区有学者认为“所谓掳人乃掳掠人身，使被掳者脱离其原来之处所，丧失行动自由而移置于行为人实力支配之下而言。换言之，即以强暴、胁迫或诈术、恐吓或其他不正确的方法，使被掳者离开其原来处所，而将其移置于自己实力支配之下。至于掳人行为系违反被掳人之意志，或得其承诺，均与本罪之成立无关”。[1]此种立法例的支持者采用“无限定说”，认为“即使被害人没有认识到自己被剥夺人身自由的事实，也构成对他人人身自由的剥夺”。也有学者认为“因为人身自由是人们按照自己的意愿行动的自由，而不是认识、意志的自由。欺骗手段造成被害人产生错误认识、意志，仅仅侵犯他人的意志自由，

〔1〕 林山田：《刑法特论》，三民书局1995年版，第393页。

没有侵犯人身自由。至于被害人给予误解致使其做出不符合其本意但符合其错误意志的行动，仍然属于他的意志行动。不能认为其人身自由遭到侵犯。这也正是欺诈和暴力对自由侵害存在的根本差别的地方”。[1] 笔者认为，区分是侵犯了人身自由还是侵犯了意志自由，是否实力控制了被绑架人，要看欺骗行为相对于被绑架对象的辨认能力和控制能力产生的影响力。如果是简单的欺骗行为，没有超出被害人的认识能力和控制能力，被害人有处理这方面事情的能力，而且行为没有受到限制，就不能认为是侵犯了人身权利；如果欺骗行为超出了被害人的认识能力，被害人只有听命于行为人的，如欺骗对象为婴幼儿，这时欺骗行为就侵犯了被害人的意志自由和人身自由，应当认为对被害人实现了实力控制；如果欺骗行为超出了被害人的控制能力，比如说被害人被骗至荒郊野外与外界失去联系，不能独自离开，实际上是致使被害人不能反抗，也应当认为是侵犯其人身自由，实现了实力控制。所以，在被绑架人的认识没有受到歪曲欺骗、意志没有受到限制的情形下，尽管行为人采取了欺骗行为，但是这种欺骗行为不属于绑架罪的暴力、胁迫或者其他手段；而在认识受到严重歪曲或者意志受到限制的情况下，行为人实施的欺骗行为就是绑架罪规定中的“其他方法”，应当认定为绑架行为。

因此，对于欺骗行为，因对象的不同可区分为三种情况，根据具体情况分别对待：一是诱骗婴幼儿的，包括从监护人手中诱骗婴幼儿，由于婴幼儿缺乏足够的认识和辨别能力，也无力对行为人的不法行为进行反抗，一旦诱骗成功，行为人就完成了对人质的实力控制，故应将诱骗婴幼儿认定为绑架行为中

---

〔1〕 阮齐林：“绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约”，载《法学研究》2002年第2期。

的“其他方法”。二是对于未成年人和限制民事行为能力人，则要看这种欺骗手段是否超出了其认识能力和控制能力，达到了侵犯人身自由的程度。如果诱骗行为超出了其认识能力、控制能力，使其不知反抗、不能反抗，就应当认为具有绑架的性质。反之则不构成绑架罪。三是对于精神健全的成年人，就要结合具体情况综合分析，看欺骗行为是否超出了其控制能力。

同时，关于“欺骗”在绑架罪中的影响还可以分情况进行细化研究：(1)通过欺骗控制了被害人的人身自由很快就被被害人发觉，之后使用暴力、胁迫手段的，应该认为是暴力行为，构成绑架罪；(2)通过欺骗控制了被害人的人身自由，但是发觉之后人身自由没有受到进一步限制的，被害人的人身权利并未受到侵犯，不构成绑架罪，可能构成敲诈勒索罪；(3)在被害人被欺骗的过程中行为人已经完成了犯罪行为并且实现犯罪目的。这种情形行为人已经完全具备了绑架罪的客观方面，是否定绑架罪，关键是要看行为人的主观方面：如果行为人对被害人的行动自由是一种放任态度，被害人离开的话就放弃下一步的勒索行为或者已经实施的勒索行为，那么就仅仅构成敲诈勒索罪；如果行为人对被害人的行动自由是一种强硬态度，既然已经控制了被害人就不能罢手，被害人不提出离开便罢，要是提出离开控制范围则实施预想的暴力行为，那么这样就构成了绑架罪，因为行为人在主观上有侵害被害人人身权利的意思，这种侵害尽管没有实然发生但是它是在预想的计划范围之内，条件具备就会发生的，这和实然实施的暴力行为在本质上一致，仍然属于以暴力为后盾的行为。

（三）本案中王某某意图杀害吴某某行为的定性

《刑法》第239条第2款规定：犯前款罪，致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。对“杀害被

绑架人”，理论上存在三种不同理解：第一种观点认为是绑架罪的加重结果，即只能是故意杀害被绑架人并致被害人死亡；第二种认为是绑架罪的加重情节，即只要实施了杀害被害人的行为，而不管被害人是否死亡；第三种观点认为“杀害被绑架人”显然是指绑架后故意杀人。绑架杀人既不是结果加重犯，也不是情节加重犯，而应理解为结合犯。其中的故意既包括直接故意也包括间接故意；其中的杀人，是指在绑架的机会中又独立于绑架之外的杀人。笔者认同第三种观点。因为将绑架杀人理解为结合犯，较之理解为情节加重、结果加重犯，更能全面、准确地评价绑架中的杀人行为，特别是绑架后杀害未遂的行为。

结合犯也存在即遂与未遂之分，其即遂与未遂与被结合的前罪没有关系，只是取决于后罪是即遂、未遂。对于结合犯的未遂应当在适用结合犯的法定刑的同时，适用刑法总则关于犯罪未遂的规定。对绑架杀人未遂的，就可以在适用《刑法》第239条“杀害被绑架人，处死刑”的规定的同时，适用刑法关于未遂犯从轻、减轻处罚的规定。本案中，王某某在绑架吴某某的同时，实施了故意杀害吴某某的行为。因绑架杀人未遂，故在量刑时可依据以上思路比照死刑，从轻、减轻处罚。

肖某抢劫案：入户抢劫的司法认定

康钦平*

一、基本案情

被告人肖某（男，29岁）在寻找租房时得知房东林某系一女子，便萌生抢劫林某钱财的歹念。随后，肖某以租房为由，跟随林某前去看房（空置房，位于重庆市某区某街道）。进入林某房屋后，为顺利实施抢劫，肖某取下屋内厕所里连接淋浴器喷头的塑料软管，趁林某不备，用塑料软管勒住林某颈部致其死亡，从林某挎包内劫取现金3000元，后离开现场。经法医鉴定，林某系勒颈致机械性窒息死亡。

二、争议焦点

本案是否认定肖某入户抢劫有两种分歧意见：

第一种意见认为肖某的行为构成入户抢劫。理由：一是肖某跟随林某前去看房之前便产生了实施抢劫的犯意，肖某入户的目的就是为了实施抢劫，其入户具有非法性；二是肖某在林

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

某的房屋内实施了抢劫行为，林某的房屋属于刑法意义上认定的“户”，具有户的功能特征和场所特征。因此，肖某以抢劫目的进入林某房屋并实施抢劫的行为应当认定为入户抢劫。

第二种意见认为肖某的行为不构成“入户”抢劫。原因在于林某用于出租的该房屋空置，无人居住生活，并未发挥供他人家庭生活的实质作用，肖某亦未抢劫房屋内的钱财，虽然肖某以抢劫为目的进入该房屋并实施了抢劫行为，但由于该房屋没有进行实际家庭生活，因此不应认定为入户抢劫。

三、观点透析

笔者同意第二种意见。根据2000年最高人民法院《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）和2005年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）中关于“入户抢劫”的认定，入户抢劫是指为实施抢劫而进入他人生活的与外界相对隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为。在认定入户抢劫时应注意：其一，“户”是指供他人家庭生活和外界相对隔离的住所，前者为功能特征，后者为场所特征；其二，“入户”目的具有非法性，入户是以实施抢劫等犯罪为目的，抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不以实施抢劫等犯罪为目的入户，属于“在户抢劫”，不属于“入户抢劫”；其三，抢劫行为必须在户内发生。

从本案来看，肖某为实施抢劫这一犯罪行为而进入林某欲出租的房屋，进而在该房屋内实施抢劫行为，争议的焦点在于林某用于出租的房屋是否属于司法解释中对“户”的认定，从场所特征来看，林某用于出租的房屋显然属于与外界相对隔离的房屋，问题在于该房屋是否具有供他人家庭生活的功能特征，

那么如何对“户”进行准确理解和把握，笔者认为可以从以下方面来考虑。

（一）正确理解“入户抢劫”的立法本意

与普通抢劫相比，入户抢劫增加了“入户”的违法性要素，作为一个与致人重伤、死亡并列的可能判处十年以上量刑情节，目的在于：(1)强化权利保护。户是每个社会公民赖以生存、繁衍的栖息之地，是公民人身、财产安全的重要屏障，对户内（家里）这一特定环境中成员的人身权利、财产权利以及住宅自由权、隐私权的有力保护，才能保障住宅内所有成员对户的安全的信赖利益。因为在公众普遍认同的价值观念中，家是人们在外奔波打拼后得以休养生息的避风港，是人们最基本、最为信赖的人身与财产的庇护所，如果公民的住所受到侵犯将严重影响人们对社会的认同感和安全感，以致丧失对社会秩序、法律和政府的信赖。(2)从社会危害性的角度考虑，户是人们日常生活的私人场所，相对封闭，被害人被抢劫时，往往孤立无援，很难寻求到外界的帮助，犯罪分子的目的更易得逞，被害人及不特定的家庭成员面临更大的人身危险性，客观危害性更大，若法律不加以特别保护，此类犯罪不能得到严厉打击，势必造成公众巨大的心理恐慌，最终危及社会的稳定和国家的长治久安，其后果不堪设想。因此，对于入侵公民的私人住宅、家庭住所进行抢劫的犯罪行为，刑法将其作为重点打击对象。虽刑法将“入户抢劫”作为抢劫罪的加重情节予以处罚，但亦不能违反罪刑相适的刑法原则，应当准确把握和认定“入户抢劫”的情节。

（二）准确理解“户”供他人家庭生活的功能

从司法实践来看，如何认定“户”供他人家庭生活的功能，不能仅从形式上机械地判断。“如果一个法律形式主义法官遵循

制定法的平白文义，那么可能会损害制法者的意图，甚至与其背道而驰。”[1] 笔者认为，对“户”的功能特征应当具备以下条件：第一，房屋应当具备家庭生活的客观功能。据《现代汉语词典》，“生活”是指人或生物为了生存和发展而进行的各种活动。“家庭”是指以婚姻和血缘关系为基础的社会单位，包括父母、子女和其他共同生活的亲属在内。综上，笔者认为，在这里家庭生活的理解应当是抽象的、概括的，即指家庭成员在户内所进行的基本的饮食起居等生存活动。所谓家庭生活的客观功能，就是要具备供人饮食起居的基本条件。如集体宿舍、宾馆房间，虽然能够供人居住，但不具备全部的家庭生活必备条件。又如尚未装修或者正在装修的商品住房，因客观地不具备入住条件，恰巧被抢，显然不能认定为“入户”。再如在小区的住宅内开设经营性活动的，更不能仅凭其地点位于住宅小区内，就当然认定其具有户的客观功能。第二，房屋在具备客观功能的基础上，还应进行了实质性的家庭生活。现在许多出租房屋在出租时即生活设备一应俱全，承租人只需携带个人物品即可入住。那么，这些房屋在租出去之前，能否被认定为户，值得商榷。因为，该房屋没有实质性的家庭生活。所谓实质性的家庭生活是指，家庭成员在户内所进行了基本的饮食起居等生存活动。如果只是具备客观条件，但没有实质性的家庭生活，依然不符合入户抢劫中对“户”的要求。入户抢劫之所以其量刑与致人重伤、死亡等同，是因为该情节不仅是对个人人身造成伤害，更会对共同居住的家庭成员的人身，即不特定的多数人的安全造成现实的危险；不仅是对个人随身携带的财物造成损失，更会对公民个人乃至家庭所有财产造成重大的损失，因

---

[1] 张明楷：“论入户抢劫”，载《现代法学》2013 年第 5 期。

此，其社会危害性相对于其他一般的抢劫罪要大。基于以上的理解，认定入户抢劫中“户”必须有实质性的生活居住。如果是用来出租但尚未出租出去的房屋，显然不可能会造成以上的严重后果或者重大损失。如该案中，被害人只是本人及其随身携带的物品受到了犯罪的侵害，并无家庭成员及其他的家庭财产等受到侵害。因此，从抢劫对入户从重处罚立法原意考虑和罪刑相适应的原则考虑，不宜认定为入户。第三，供他人家庭生活用的功能应正在发挥。首先，该房屋实质性的生活居住是否正在进行或者在持续的过程中。认为上述案例中应当认定入户的理由之一是，被出租的房屋出租人曾经在这里生活居住过，出租之后仍然可能是用于家庭生活，因此，在出租过程中的空置期应当不影响对其功能特征的认定。笔者认为，曾经用于家庭生活的房屋在被空置下来并用来出租之后，其作为“户”的功能特征就暂时丧失了。因此，本案中被害人在其用于出租的房屋内被抢劫时，该房屋已经丧失了作为“户”的功能特征。其次，长期空置的房屋不影响对其功能特征的认定。现实生活中，经济条件好的家庭往往同时有两个或者两个以上的住处，分别在工作或休闲时居住，因此，就出现了的长期空置的房屋。笔者认为，功能的正在被使用不等于每天都在被使用，只要能够证明对该房屋的使用是在一直持续，时间上可以有间隔但没有中断，功能一直在持续而没有被改变，就不影响对其做为户的功能特征的认定。而本案中，林某所用于出租的房屋一直处于空置状态，供他人家庭生活的功能已经停止。最后，从社会危害性的角度分析，对未出租的房屋抢劫不会造成现实的、客观的、严重的社会危害性。以持枪抢劫为例，司法解释明确规定必须是真枪才能认定为持枪抢劫。从主观心态上来说，持真枪、假枪抢劫，在被害人在不知情的情况下所受到的精神上的威胁

是同等的，但客观上只有真枪才有可能真正对人身造成重大伤亡。因此，对入户抢劫也应采用这样的客观标准，因为在没有主体在内进行家庭生活的空置房屋内抢劫不会造成对“户”的真正的危害。

（三）“入户”时的犯罪目的是否仅限于抢劫

对于入户抢劫的认定是否限定为行为人入户之前即有抢劫的故意？有以下四种观点：第一种观点持肯定说，认为立法者规定入户抢劫的真实意图，是将入户限定为“怀抢劫故意而进入户内”，如果是合法性入户，临时起意抢劫，属在户抢劫而非入户抢劫。在户抢劫的主观恶性、客观影响及社会危害性都较入户抢劫行为为轻。[1] 第二种观点则持否定说，认为不论入户前有无抢劫故意，只要入户后抢劫的，就是入户抢劫。因为入户后临时起意抢劫，同样严重破坏被害人对家的安全感，其危害性并不比持抢劫故意入户的小。[2] 第三种观点持折衷说，认为在户中抢劫是否认定为入户抢劫，关键要看行为人入户是违法入户还是合法入户以及入户的动机。[3] 第四种观点认为，入户抢劫不仅限于入户前就有抢劫的目的，还应包括入户前虽无抢劫的意图但有盗窃、诈骗、抢夺他人财物的目的，入户后实施被发现，行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内所发生的转化型抢劫情形。至于出于其他合法的或者非法的动机、目的进入他人住宅，临时起意当场实施抢劫行为，

---

〔1〕 朱亚峰：“对入户抢劫的思考”，载北大法律信息网，http：//ariticle. chinalawinfo. com，访问日期：2013 年 10 月 11 日。

〔2〕 朱亚峰：“对入户抢劫的思考”，载北大法律信息网，http：//ariticle. chinalawinfo. com，访问日期：2013 年 10 月 11 日。

〔3〕 袁剑湘：“论入户抢劫中‘户’的界定——兼论入户时的犯罪目的”，载《河北法学》2010 年第 4 期。

由于缺乏明确的规定和解释，不能认定为入户抢劫 。最高人民法院《解释》明确规定，对于入户盗窃，因被发现而当场使用暴力或者暴力相威胁的行为，应当认定为入户抢劫。[1] 最高人民法院《意见》同时指出，入户抢劫是指以实施抢劫等犯罪为目的而进入他人住所。抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是在户内临时起意实施抢劫的，不属于入户抢劫。

笔者认为，第一种观点把入户抢劫限定为“怀抢劫故意而进入户内”实施抢劫，范围过窄，显然不当。第二种观点不加分别地认为一切在户内抢劫的都视为入户抢劫，显然范围又过宽，也不合理。第三种观点将入户区分为违法入户和合法入户，同时考虑入户的动机，这从方法论上讲是正确的，但不够深入细致，对于采取欺骗手段获得被害人信任入户而实施抢劫的行为，虽然入户手段合法但入户动机非法亦应当认定为入户的非法性。如本案中肖某以租房为由骗得林某的信任，进入房屋进而实施抢劫行为。第四种观点也值得商榷，这一观点有犯法律教条主义的嫌疑。因为最高人民法院《意见》明确指出，入户抢劫是指以实施抢劫等犯罪为目的而进入他人住所。依据文理解释的方法可以得知，其中的“等”字充分说明该司法解释还留有余地，行为人入户的目的并不仅限于实施抢劫这一种类型的犯罪，至少还应包括实施与抢劫犯罪社会危害性程度大致相当的其他犯罪。此外，从最高人民法院《解释》的其他条文来看，《解释》第2条规定，“在公共交通工具上抢劫”，不仅包括在公共交通工具上抢劫，而且包括对运行中的机动公共交通工具加以拦截后，对公共交通工具上的人员实施抢劫。《解释》第

---

〔1〕 王作富：《刑法分则事务研究》(中)，中国方正出版社2007年版，第1081～1082页。

3 条规定，“抢劫银行或者其他金融机构”，不仅包括进入银行或者其他金融机构抢劫，而且包括对正在使用中的银行或者其他金融机构的运钞车的抢劫。不难看出，《解释》对“在公共交通工具上抢劫”之“上”，和对“抢劫银行或者其他金融机构”之“银行”、“其他金融机构”等词语的含义均作了较字面含义为广的扩大解释，强化了对广大旅客人身、财产安全与公共运输安全以及金融机构财产安全的保护力度，是完全符合立法精神的。那么，根据刑法规定入户抢劫的立法意图，完全可以对“以实施抢劫等犯罪为目的”之“目的”进行扩大解释，而不必担心是否可能违反罪刑法定及罪责刑相适应原则。因为“解释法律的终极目的在于使案件得到公平合理的处理，而不在于使犯罪的要件符合我们的理解，也不在于使它以什么样的罪名受到处理”〔1〕。如前所述，户的生活安全属于社会基本安全之一，是人类社会生活正常进行的最起码条件。此种条件若得不到维持，则社会的稳定性将被打破，社会将陷于一片混乱，一切秩序都将不复存在。〔2〕

因此，笔者认为应当将入户区分为以犯罪为目的入户和以非犯罪为目的入户两种类型。行为人入户前虽无抢劫的意图，但已有犯罪的目的，并且敢于入户实施，表现出很大的主观恶性、人身危险性，同时也对公民住宅的生活安全构成严重威胁，因此，入户后临时起意抢劫，同样严重破坏被害人对家的安全感，其危害性并不比持抢劫故意入户的小，对其以入户抢劫论处，符合最高人民法院《意见》的精神和刑法规定入户抢劫的意图。而以非犯罪的目的进入他人住所，在户内临时起意实施

---

〔1〕 阮齐林：“绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约”，载《法学研究》2002 年第 2 期。

〔2〕 张文显：《法理学》，北京大学出版社 2003 年版，第 398 页。

抢劫的，一般户主事前没有恐惧感，并且都有一定的防备可能，其主观恶性、人身危险性及社会危害性都较以犯罪为目的入户的为轻，应按一般抢劫罪处理，不宜视为入户抢劫。根据当然解释的法理，合法入户后临时起意抢劫的自然被排除在入户抢劫之外。

综合以上分析，笔者认为虽然肖某以抢劫的非法目的入室，并实施了抢劫行为，但由于林某用于出租的房屋不具有供他人家庭生活的实质功能，钱某的抢劫行为仅是针对林某随身携带的财物，不符合最高人民法院司法解释对“户”认定，故林某的行为不属于入户抢劫。

限制刑事责任年龄未成年人能否构成转化型抢劫罪

——以王某故意杀人案为例

杨新慧*

一、基本案情

被告人王某，男，1997年2月28日出生（案发时已满14周岁未满15周岁），汉族，初中文化程度，农民，住重庆市某县某镇某某村某组。

2012年2月27日上午11时许，被告人王某来到重庆市某某县某某镇某某村某组某号，用手拔掉该户木门门闩后进入室内盗窃。在翻找财物过程中，被屋主赵某某（本案死者，女，殁年67岁）发现，王某为逃跑便拿室内的烟灰缸砸赵某某的头部，致其受伤倒在沙发上。后赵某某在准备逃跑时，王某因害怕事情败露，便再次用烟灰缸砸赵某某的头部、用手卡其颈部并将其面部浸入水中，致其当场死亡。后王某携带所抢物品（经鉴定无鉴定价值）逃离现场。经法医鉴定：赵某某系机械性窒息死亡。2012年2月28日，被告人王某被公安机关捉获归案。

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

二、争议焦点

第一种观点认为王某的行为构成故意杀人罪一罪。依据《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 10 条的规定："已满十四周岁不满十六周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。"限制刑事责任年龄人实施的转化型抢劫行为是不可罚的。只有在其暴力行为致人重伤或死亡的情况下才能以故意伤害罪或故意杀人罪追究其刑事责任。

第二种观点认为王某的行为构成抢劫罪和故意杀人罪，应当数罪并罚。依据是《最高人民检察院关于相对刑事责任年龄的人承担刑事责任范围有关问题的答复》第 2 条的规定："相对刑事责任年龄的人实施了《刑法》第 269 条规定的行为的，应当依照《刑法》第 263 条的规定，以抢劫罪追究其刑事责任。"

两种观点分歧的根本在于《刑法》第 269 条第 2 款规定的转化型抢劫的适用主体是否包括已满十四周岁未满十六周岁的未成年人，即限制刑事责任年龄人是否能够成为转化型抢劫的主体？

三、观点透析

虽然，法院判决以《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 10 条为依据认为王某不构成抢劫罪。但笔者同意第二种观点，即限制刑事责任年龄人可以构成转化型抢劫罪。故，本案王某的行为系转化型抢劫和事后杀人灭口两个行为构成抢劫罪和故意杀人罪，应当数罪并罚。主要理由是：

（一）从事实层面来看，将王某的行为认定为一罪会出现法律事实认定上的缺失和困境

1. 如果认定为一罪，就没有对王某的行为进行完整地评价

本案中王某实施了两个行为。第一个行为是王某入户盗窃的过程中，被户主即被害人发现后实施的用硬质的玻璃烟灰缸击打被害人头部的行为。该行为符合我国《刑法》第269条第2款规定的，实施了盗窃行为后，为抗拒抓捕而当场使用暴力的情况，属于转化型抢劫行为。第二个行为是在被害人意图逃走避免遭受更严重的伤害时，王某为防止事情败露，而继续实施的用烟灰缸击打被害人、卡颈及将被害人头部溺于水中的行为，属于典型的抢劫过后实施的杀人灭口的行为。我国《刑法》第17条规定了限制刑事责任年龄人对八种行为应承担刑事责任，其中包括故意杀人，故意伤害致人重伤、死亡和抢劫等行为。从文义上来看，抢劫与转化型抢劫应是包含与被包含的关系。而《刑法》第269条第2款“犯盗窃、抢夺、诈骗罪，为抗拒抓捕、窝藏赃物和毁灭罪证的行为”拟制为抢劫行为，说明在法律评价上，转化型抢劫与一般抢劫行为在社会危害性上也是具有相当性的。因此，限制刑事责任年龄人应当对全部抢劫行为承担刑事责任。显然转化型抢劫亦属于应受刑事处罚的危害行为。根据我国《刑法》第3条之规定，罪刑法定原则不仅包括法无明文规定不处罚，还包括法有明文规定应依法处罚的内涵。因此，仅评价王某事后杀人灭口的行为为故意杀人罪，对其转化型的抢劫行为不予评价是不完整的。而这种不完整评价是由于法律适用者对《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条的误解而造成的。将第10条的规定解读为“限制刑事责任年龄人实施的转化型抢劫行为不具可罚性”，是缺乏正当性根据的。本案中对王某行为进行

片面的评价是人为的，并不是法律规范本身存有漏洞所带来的。

2. 如果是二人以上共同犯罪的情况下，只评价王某的一个行为将造成对同一事实承担不同法律后果的现实困境

无论是抢劫罪还是故意杀人罪、故意伤害罪，都不是身份犯，不会因为身份不同出现不同罪名。如果是一名差一天满十六周岁的未成年人伙同一名刚满十六周岁的未成年人共同实施盗窃、诈骗、抢夺的过程中，为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭证据，而实施的故意伤害造成重伤或死亡后果，或者故意杀人的（此处对危害结果没有程度上的要求），不满十六周岁的未成年人被定性为故意伤害罪或故意杀人罪，而刚满十六周岁的未成年人被定性为抢劫罪，明显与共犯理论不符，亦与社会生活常识不符。此处，共同犯罪人基于一个共同的犯罪故意，整体性地实施了一个危害行为，造成了危害后果，却区别适用两个不同的罪名。其中一个是侵犯人身权利的罪名，另一个则是既侵犯人身权利又侵犯财产权利的罪名。无论从理论上还是实践中，故意伤害罪或故意杀人罪与抢劫罪之间的划分都是清晰明了的。缘何在行为主体为限制刑事责任年龄人时就产生了认定上的混淆和界分困难了呢？显然，这种困境是人为造成的，但不是制定法规范所造成的，而是在解释并适用制定法规范过程中产生的。

法律作为一种行为规范，它需要公众的认可和遵守才能发挥效用。法律的清晰表达，是其作为行为规范的基本要求。“在某些时候，获得清晰性的最佳办法便是利用并在法律中注入常识性的判断标准，这些标准是在立法会堂之外的普通生活中生长起来的。”[1] 而这些常识是无需通过法律手段来证成或证伪

[1] ［美］富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务出版社2012年版，第76页。

的。也就是说“常识”同样不会因为某个立法或司法权威的解释而发生质的改变的。只有立法和司法遵守“常识”才会是获得其立法或司法的正当性。

(二) 从规范层面来看，司法解释对《刑法》第269条第2款的理解没有分歧

1. 以体系解释方法论看两高的司法解释，法律没有排除限制刑事责任年龄人构成转化型抢劫罪的适用

“在所谓的体系解释中，并不是单独地孤立观察某个法律规范，而是要观察这个规范与其他规范的关联；这个法律规范和其他的规范都是共同被规定在某个特定法领域中，就此而言，他们共同形成了一个‘体系’。”〔1〕体系解释要求之一便是无矛盾即法律不会自相矛盾。因此，具有同等解释效力的不同主体之间做出的司法解释或同一解释主体做出的解释所确立的基本原则是不应当相互矛盾的。其在逻辑上应当是自洽的。

2003年4月18日《最高人民检察院关于相对刑事责任年龄的人承担刑事责任范围有关问题的答复》第2条规定：“相对刑事责任年龄的人实施了《刑法》第二百六十九条规定的行为的，应当依照《刑法》第二百六十三条的规定，以抢劫罪追究其刑事责任。”该解释明确了限制刑事责任年龄人可以成为转化型抢劫罪的主体，并没有附加任何造成严重后果的条件。2005年6月8日《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《最高法关于转化型抢劫的司法解释》）的‘关于转化抢劫的认定’亦规定：“行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到‘数额较大’，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻、危

---

〔1〕［德］英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2013年版，第57页。

害不大的，一般不以犯罪论处；但具有下列情节之一的，可依照刑法第二百六十九条的规定，以抢劫罪定罪处罚：（1）盗窃、诈骗、抢夺接近‘数额较大’标准的；（2）入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；（3）使用暴力致人轻微伤以上后果的；（4）使用凶器或以凶器相威胁的；（5）具有其他严重情节的。”该《解释》明确了前盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到“数额较大”的情况下，因使用暴力或以暴力相威胁，情节较轻、危害不大的，可以不以犯罪论处；而在满足一定条件的情况下，则应当适用转化型抢劫的规定。

两高的司法解释虽然出现的时间和表现形式有所不同，但其遵循的法理和表达的对刑法规范的理解却是相同的。两高的司法解释均证明了以下两层意思：第一，事后抢劫的成立不以前行为即盗窃、诈骗、抢夺的行为构罪为条件；第二，最高人民检察院司法解释认为限制刑事责任年龄人可以成为转化型抢劫罪的主体，与最高法关于转化型抢劫的解释内涵具有内在的契合性。因而从体系解释方法论来看，两高分别作出的关于转化型抢劫的相关司法解释在刑法法律规范体系内是自洽的，是不矛盾的。

2. 以文义解释方法论看，《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 10 条并没有否定限制刑事责任年龄人构成转化型抢劫罪

继最高人民法院作出转化型抢劫司法解释半年之后，2005 年 12 月 12 日最高人民法院又通过了《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，该《解释》第 10 条第 1 款规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，

当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。”第2款规定：“已满十六周岁不满十八周岁的人犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，应当依照刑法第二百六十九条的规定定罪处罚；情节轻微的，可不以抢劫罪定罪处罚。”有种理解认为从第2款中对于已满十六周岁未满十八周岁的人实施的转化型抢劫行为入罪标准有所提高，即情节不算轻微的才能够评价为抢劫罪。当然，“举重以明轻”地可以推导出已满十四周岁未满十六周岁的未成年人实施的转化型抢劫行为就不应当予以刑法评价。显然，此种理解有违基本的逻辑顺位原则。

第2款中，出罪条件设置是“情节轻微”，“轻微”这个词在《刑法》第13条表述中出现过“情节显著轻微的，不认为是犯罪”，以及《刑法》第37条中表述非刑罚性处置措施时使用过“犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚”。此处可以得知在犯罪情节轻微的情况下，基本上等于不构成犯罪或对行为人进行非刑罚处罚。而最高人民法院关于转化型抢劫的司法解释中，使用的“较轻”，在《刑法》第12条表述溯及力问题时，使用过“如果本法不认为是犯罪或处刑较轻的，适用本法”；第67条第1款使用过“其中，犯罪较轻的，可以免除处罚”。此处可以得知如果犯罪较轻的，仍然要入罪或有自首的法定情节时才能免予刑事处罚。显然刑法规范对“较轻”与“轻微”使用上的慎重，说明了在刑法规范体系中，“较轻”和“轻微”具有显著不同的法律内涵，也会带来不同的法律后果。即“轻微”可能会带来出罪或免于刑事处罚轻于“较轻”的法律责任。

作为同一套刑法规范话语系统，以此类推，最高人民法院

的关于未成年人司法解释中使用的“已满十六周岁未满十八周岁的人实施了转化型抢劫行为时，情节轻微的，才可不以抢劫罪论处”表明，如果是“情节较轻”的，同样要以抢劫论处，更不用说是情节严重或情节特别严重的情节等。那么，依据第2款必然能够得出的结论就是第1款中可以包含有“已满十四周岁未满十六周岁的人实施的转化型抢劫行为，情节轻微的，可不以抢劫罪论处”的意思；或可以推导出“已满十四周岁未满十六周岁的人实施的转化型抢劫行为，情节较轻的，可不以抢劫罪论处”。但绝不能推导出“已满十四周岁未满十六周岁的未成年人实施的转化型抢劫行为，一律不以抢劫罪论处”的结论。虽然，此处司法解释没有给出“情节轻微或情节较轻”的判断标准，但在最高人民法院作出的关于转化型抢劫的司法解释中，已采取否定式列举的方式给出了“情节较轻”的判断标准，即“(1)盗窃、诈骗、抢夺接近‘数额较大’的；(2)入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；(3)使用暴力致人轻微伤以上后果的；(4)使用凶器或以凶器相威胁的；(5)具有其他严重情节的。”均不属于“情节较轻”的情形。该司法解释第3项明确了使用暴力致人轻微伤以上后果的就不属于“情节较轻”了，则更不属于“情节轻微”的范畴。那么，最高人民法院关于未成年人的司法解释中第1款只规定了造成重伤或死亡结果的情况，以故意伤害罪或故意杀人罪定罪，并未包含暴力致人轻伤的情况。显然，已满十四周岁未满十六周岁的人实施的转化型抢劫行为暴力致人轻微伤或轻伤的情况不属于“情节较轻”。

（三）从价值层面来看，最高人民法院司法解释将限制刑事责任年龄人实施转化型抢劫行为致人重伤或死亡结果的行为评价为故意伤害罪或故意杀人罪缺乏正当性

1. 从法律适用效果来看，看似明确的司法解释并没有达到统一法律适用标准的目标，反而会造成司法不公

"一种徒有其表的清晰可能比一种诚实的、开放性的模糊更有害。"〔1〕最高人民法院关于未成年人转化型抢劫行为看似清晰确定的司法解释，却带来了法律适用上的混乱。而这种混乱会导致法律适用上的不公正。

如果按照前文第一种观点对最高人民法院司法解释进行解读，即已满十四周岁未满十六周岁的未成年人实施的转化型抢劫行为没有造成重伤或死亡后果的情况下，一律不以抢劫罪论处，其又未达到盗窃、诈骗、抢夺罪的刑事责任年龄，那么行为人就不构成犯罪。据此种理解也已形成生效判决。如四川省乐山市中级人民法院在一个生效判决中所表述的："已满十四周岁不满十六周岁的未成年人，不管在何种情况下，均不能适用《中华人民共和国刑法》第二百六十九条的规定转化为抢劫罪，故其盗窃后为抗拒抓捕而当场使用暴力的行为不构成抢劫罪。"〔2〕王某被当庭释放。

而最高人民法院《刑事审判参考》第28期公布的第204号案例中，姜金福系不满十六周岁，实施抢夺后为抗拒抓捕而当场实施暴力，被以抢劫罪定罪处罚。〔3〕而笔者亦办理过一起由

---

〔1〕［美］富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务出版社2012年版，第76页。

〔2〕经重庆市检察法律法规信息系统检索，四川省乐山市中级人民法院作出的关于王某某抢劫案的二审判决，因王某未满十六周岁，故不构成转化型抢劫罪，改判无罪。

〔3〕吕楚程、魏海洲："15岁人户盗窃被发现后当场使用暴力的行为解析"，载《中国检察官》2012年第6期。

本文案例中同一人民法院同一合议庭审理的“入户盗窃后为抗拒抓捕持刀捅刺被害人致其死亡”的案件，判决认定为转化型抢劫。相近似的犯罪行为，仅因地域不同就得到有罪和无罪的两种结局。

从最高人民法院公布的具有一定指导意义的案例到地方各异的判决，这个司法解释的效用一览无余。

2. 定性为故意伤害罪或故意杀人罪无法实现对未成年人进行宽宥的价值追求

“后果考察被看作是一种目的论的解释；因为，目的论解释的正当性并不是来自于立法者的权威，也不是来自于其从法条文本推导出结果的正确性，而是从这些结果的有益性导出。”〔1〕最高人民法院司法解释将“已满十四周岁未满十六周岁的未成年人实施转化型抢劫致人重伤或死亡的结果评价为故意伤害罪或故意杀人罪”的适用结果是否是有益的呢?

有人认为该司法解释的适用是有利于未成年人权益保护的，即“该条款仅仅对未成年人同时涉嫌两项以上罪名应如何选择使用罪名的特别规定，因为据此，对于抢劫造成重伤的，其法定刑便由抢劫罪（情节加重）致人重伤或死亡的结果是判处十年以上有期徒刑，减少为故意伤害（重伤）的法定刑三年以上十年以下，系出于考虑保护未成年人权益，对其刑罚进行降格处理的特别规定”。〔2〕此种“以刑制罪”的刑法理念是否具有正当性姑且不论，但就其改变罪名以求轻刑的目的能否实现就存有疑问。首先，当将抢劫罪的罪名改为故意伤害罪或故意杀人罪所引发的对社会公众的心理评价对涉罪未成年人而言，孰

---

〔1〕［德］英格博格·普珀:《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社 2013 年版，第 74 页。

〔2〕 吕楚程、魏海洲:“15 岁入户盗窃被发现后当场使用暴力的行为解析”，载《中国检察官》2012 年第 6 期。

轻孰重并不是可以轻易给出绝对判断标准的。其次，从刑期设置上，就故意杀人罪而言，根据我国《刑法》第232条之规定："故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。"刑法分则所规定的法定刑，只有故意杀人罪的法定刑首选是死刑，依次是无期徒刑，最后才是十年以上有期徒刑。最后，将"重行为"轻刑化的后果，便是使"轻行为"遭受重刑罚。最高人民法院关于未成年人的司法解释将"暴力致人重伤或死亡后果"的严重转化型抢劫行为，轻刑化处理评价为故意杀人罪或故意伤害罪，但却没有为"暴力造成重伤以下（不含重伤）后果"的转化型抢劫行为的轻刑化提供合法依据，客观上是使得轻行为相较重行为而言，二者的刑罚差距缩小了，却没有降低轻行为适用刑罚的水平线。这就造成了"轻行为"并没有得到刑法的宽宥，而是重行为得到了宽宥。

由此，将未成年人实施的转化型抢劫直接定性为故意杀人罪和故意伤害罪，无论是从罪名上的民众心理接受度和社会否定性评价，还是从实际刑期的选择使用上，均未能实现对未成年人进行宽宥的价值追求。

3. 僭越法律的司法解释有违刑法"罪刑法定的基本原则"

"倘若法律适用者一味地热心追求他认为有益且具高度价值的目的，而没有看到其解释结果所引起的其他效果，这样是很危险的。"〔1〕最高人民法院关于未成年人实施转化型抢劫的规定，已经赋予了同质的法律行为不同的罪名，实质上改写了具体罪名的犯罪构成内容。这一司法解释方法突破了刑法"罪刑法定"的基本原则。而这种突破刑法规范基本文义的司法解释

〔1〕［德］英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2013年版，第57页。

将对司法权适用会起到不良的示范作用。

《刑法》第17条第2款及相关司法解释明确了已满十四周岁未满十六周岁的未成年人对“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质”的八种行为追究刑事责任。无论是故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡，还是抢劫（一般抢劫）都是应当承担刑事责任的。而从故意伤害致人重伤和一般抢劫行为的法定刑设置来看均为“三年以上十年以下有期徒刑”，其罪行的社会危害性相当。司法解释同样无权修改刑法规范的基本内容，认为已满十四周岁不满十六周岁的转化型抢劫行为人只对故意伤害或故意杀人致人重伤或死亡的行为承担刑事责任，对抢劫行为不承担刑事责任。而作为司法系统的最高权威（尽管我们国家的司法改革一直朝着司法独立在努力）一旦首开先河地昭告各地方司法机关“只要目的正当，就可以任意选择刑法的适用”，那么审判权的行使便会像脱缰的野马一样无法掌控，也会给更多的司法不公带来空间。如果此种司法解释方法能够得到认可，并予以沿用，那么，必将产生司法权架空立法权的严重后果。

司法解释同样是对刑法规范文本的一种解读。司法解释能否必然高明于立法形成的规范文本解决所有法律适用中出现的问题，答案当然是否定的。司法解释可以实现对某种法律适用的规范性指引，却不应当有所逾越，不能通过解释法律来造法，更不能通过司法解释排除现行有效的刑法规范的适用。解释对法律的僭越，往往会伤害法律的权威和公众的法感情。因此，法律解释无论是有权解释还是无权解释都不能超越一般公众对法律规范文本文义的理解范畴。否则，法将不法。

廖某某盗窃案：盗窃网银U盾用卡内钱财购物是否应定性为盗窃

潘基俊*

一、基本案情

2013年3月7日上午，犯罪嫌疑人廖某某在重庆市某区某桥某巷24号1-3李某某的租房内玩耍时，趁被害人李某某睡觉之机，将李某某放在桌上的建设银行卡U盾盗走，同时还以打电话为由借走李某某的手机。随后廖某某来到网吧，从李某某的女朋友处获悉李某某身份证号码，然后利用事先知晓的银行卡号、银行卡密码和U盾密码，并使用盗得的建设银行卡U盾，通过网上转账支付的方式，将李某某银行卡上的人民币4500元转走为其网络游戏充值。李某某发现系廖某某盗用其U盾并将人民币4500元转走后，廖某某当晚归还人民币500元。次日，李某某向公安机关报案，犯罪嫌疑人廖某某被捉获归案。在侦查期间，廖某某父亲代其退还人民币4000元。

* 重庆市人民检察院第一分院公诉二处。

二、争议焦点

犯罪嫌疑人廖某某的行为构成盗窃罪还是信用卡诈骗罪，存在以下两种分歧意见：

第一种意见认为：犯罪嫌疑人廖某某的行为构成盗窃罪。理由如下：

中国建设银行 U 盾实质是其绑定的银行卡的附属品，拿到了 U 盾并知道交易密码等于拿到了处理该信用卡账户的钥匙。网银 U 盾是银行卡的一部分，系一种物理介质，而不是信用卡信息资料。实施了盗窃网银 U 盾就相当于获取了一把取得他人财物的钥匙，并在网络上进行转账支付，如果没有网银 U 盾，那么即使知悉银行卡密码和持卡所有人的身份证号码也是无法完成网上转账支付行为的。在本案中廖某某明知该 U 盾为被害人李某某所有仍然实施秘密窃取行为，并从被害人李某某的女友口中获知了廖某某的身份证号，再利用其事先就知道李某某银行卡号与密码的便利条件，使得其顺利实施了在网上秘密转账窃取李某某 4500 元的行为，由于其行为具有明显的秘密性、侵财性，且犯罪数额较大，故廖某某的行为已构成盗窃罪。根据《刑法》第 196 条第 3 款之规定，盗窃信用卡并使用的，依照第 264 条的规定定罪处罚。

第二种意见认为：犯罪嫌疑人廖某某的行为系信用卡诈骗行为，但犯罪金额未达到追诉标准，应绝对不诉。理由如下：

廖某某主观上是骗取而非窃取财物。廖某某通过非法手段获取李某某的信用卡信息，并冒用李某某的名义使银行产生错误认识处分财产，从而骗出银行的钱占为己有，而非利用相关手段从银行中秘密窃取财物。秘密窃取是针对财物持有人，本案中银行为财物持有人，银行是基于错误的认识处分自己持有

的财物。

犯罪嫌疑人廖某某客观上采用冒用他人名义的手段。犯罪嫌疑人廖某某在本案中并未窃取被害人的信用卡并使用，而是窃取了与被害人信用卡相绑定的网银U盾。根据《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》，刑法规定的“信用卡”是指商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用打款、转账结算、存取现金等全部功能或部分功能的电子支付卡。而网银U盾并不具备以上功能，一个U盾对应一个唯一的身份证号码，与其相应网银配套使用，所以U盾里面包含了大量信用卡信息资料，应当系被害人的“信用卡信息资料”而非信用卡本身，且犯罪嫌疑人廖某某最后也是通过网上银行转账支付将被害人银行卡上的钱款用于消费，交易时银行交易系统是通过对信用卡信息资料的识别来确定持卡人身份的，其行为符合最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第5条中关于“冒用他人信用卡”的相关规定：“刑法第一百九十六条第一款第（三）项所称‘冒用他人信用卡’，包括以下情形：窃取、收买、骗取或者以其他非法方式获取他人信用卡信息资料，并通过互联网、通讯终端使用的。”其行为应当是信用卡诈骗行为。由于信用卡诈骗罪的起刑点为5000元，而本案的犯罪数额仅为4500元，未达到追诉标准，故犯罪嫌疑人廖某某的行为属情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪。在本案中，银行卡的密码、卡号、验证码、U盾等都只是信用卡的信息资料，U盾仅仅是网上使用信用卡转账等活动的要件之一，廖某某仅仅是盗窃了使用信用卡的要件之一的行为，且U盾不属于信用卡，故其行为属于冒用他人信用卡的行为，应当定性为信用卡诈骗。

三、观点透析

在司法实务中，行为人的行为有时是骗盗兼有，骗中有盗、盗中有骗，此时分析何为关键行为、目的行为、被害人的心态就变得尤为重要。本案对于廖某某的行为性质的分歧主要集中在以下几个方面，笔者拟一一分析：

（一）银行是不是本案的被害人

本案的特殊之处在于财物的处分人与财物的所有人并不是同一人，银行基于与李某某之间的借贷关系而合法地取得了人民币 4500 元的占有权，银行基于此就具备了对该笔款进行的处分的权限和地位。本案中廖某某之前获取网银 U 盾是通过秘密窃取的方式实现的，但是其最后在网上转账的行为是以李某某的身份进行的。在廖某某转账时，作为相对人的银行基于“实际操作人是李某某”这样一个隐瞒真相的行为而作出了准予转账的意思表示，本案的犯罪对象是银行，但是被害人是李某某，认为本案应当认定为诈骗类犯罪的依据就在于其属于典型的三角诈骗。

笔者同意上文对犯罪对象的分析，也认为这是诈骗类犯罪和《刑法》第 264 条规定的盗窃罪的重要区别。但如果适用《刑法》第 196 条第 3 款的盗窃罪条款，以上分析同样应当适用。

“盗窃信用卡并使用”的最后使用人一定不是信用卡的合法所有人，行为人通过盗窃的手段获得信用卡之后，再无论以什么身份、什么方式去使用该卡，对作为相对人的银行都是隐瞒了真相，银行做出的都是错误的意思表示，但是这并不能影响盗窃罪的成立。因为本条属于一种法律拟制，着重评价的应当是之前的盗窃行为，使用信用卡的方式应当是先盗窃后使用，

应当注意的是，行为人盗窃的不应该是信用卡的信息资料，否则应当认定为信用卡诈骗。

（二）银行的“网银U盾”是不是信用卡

“网银U盾”既不是信用卡也不是信用卡信息资料，而是一种用于在网络上以客户端的形式识别客户身份的数字证书。根据中国建设银行官方网站提供的资料显示：建设银行网银U盾是用于网上银行电子签名和数字认证的工具，是办理网上银行的高级别安全工具。其对网银U盾的定义为：“能够储存电子证书，具有电子签名功能，能够确保您网上交易的保密性、真实性、完整性，安全性高。”[1] 建设银行的网银U盾与工商银行的U盾、农业银行的K宝等在功能上趋同，都是网络银行的安全防护工具。它内置微型智能卡处理器，采用1024位非对称密钥算法对网上数据进行加密、解密和数字签名，确保网上交易的保密性、真实性、完整性和不可否认性。网银U盾的使用过程大致为：用户通过互联网登录所属银行的网上银行系统，通过网银U盾的加密通道确认客户身份，在进行网上交易时，数据先送入插入电脑USB接口的网银U盾，并使用私钥进行数字签名，然后再传送到网上银行进行验证，并最终完成交易。从上述分析可以得出，网银U盾是一种用于在网络上以客户端的形式识别客户身份的数字证书，并非“信用卡信息资料”。那么，认定行为人的行为是信用卡诈骗行为，根据的是《解释》第5条中关于“冒用他人信用卡”的相关规定，认为银行卡的密码、卡号、验证码、网银U盾等都只是信用卡的信息资料，网银U盾仅仅是网上使用信用卡转账等活动的要件之一，行为人仅仅是盗窃了使用信用卡的要件之一的行为，且网银U盾不

---

〔1〕 http：//www. ccb. com/cn/ebank/personal/wyd/20130607137058 4957. html，访问日期：2013年7月5日。

属于信用卡，故其行为属于冒用他人信用卡的行为，应当定性为信用卡诈骗。如上所述，实质上网银 U 盾不属于“信用卡信息资料”，它仅相当于一把开启网上银行的“钥匙”，本案是盗窃“钥匙”之后进入他人账户使用信用卡的行为，其关键点应当是之前的盗窃行为，而不存在冒用他人信用卡的行为。

（三）廖某某盗窃“网银 U 盾”的行为与进入李某某账户转账的行为之间的关系

廖某某盗窃网银 U 盾及通过网络转走钱财之间属于手段行为与目的行为的关系，应该“从一重处罚”。如上所述，网银 U 盾是在网络上以客户端的形式识别客户身份的数字证书，如若仅仅盗取网银 U 盾也无法通过网络将他人的财产转移。要将被害人网上银行中的钱款盗走，一般而言当具备三个方面的要素：一是要有被害人网上银行的网银 U 盾及密码；二是要有被害人的银行卡密码；三是要有被害人的身份证号码。具体到本案中还要有被害人与信用卡绑定的手机，以便获取验证码。可以说，要同时具备以上四个要素才能够将被害人网上银行的钱款转移。网银 U 盾是行为人通过盗窃而取得，其余都是通过非违法途径由行为人强行记忆下来或借取的。换言之，盗窃行为只是在取得的网银 U 盾上实施的。在本案中，行为人廖某某为了将被害人网上银行的钱款为自己所有，盗取了被害人的网银 U 盾，后又通过其掌握的被害人信用卡上的其他信息将其卡上的钱用于自己网络游戏充值消费。其盗窃网银 U 盾的行为系其手段行为，而之后转走钱财的行为系其目的行为，属于手段行为与目的行为的牵连犯。虽然，我国刑法总则没有规定对牵连犯如何处理，但刑法理论通说认为，对牵连犯的处理不实行数罪并罚，而应“从一重处罚”，这才能真正体现罪行相适应的刑法基本原则，故这里盗窃网银 U 盾的行为应当着重予以评价。

（四）《刑法》第196条第3款的法律适用问题

最高人民法院在1986年答复关于王平盗窃信用卡并骗取财物的意见中提出，盗窃信用卡后使用是将信用卡本身所含有的不确定价值物化为具体财物的过程，是盗窃的继续，应定盗窃罪。1995年，全国人大颁布的立法解释《关于惩治破坏金融秩序犯罪的规定》第14条肯定了这一意见。《刑法》第196条第3款规定“盗窃信用卡并使用的，依照盗窃罪论处”，而适用《刑法》第196条第3款则能综合评价廖某某的多个行为。

从客观行为来看，廖某某实施了秘密窃取银行U盾和通过欺骗、强行记忆获得其他信息的行为，这些行为要相互配合才能实现将李某某银行卡的钱款转走的结果。如果本案以信用卡诈骗罪定罪处罚，仅是对使用他人信用卡的行为作出评价，而没有对廖某某盗窃U盾的行为进行评价。而如果适用《刑法》第196条第3款规定（盗窃他人信用卡并使用的构成盗窃罪），既包含对盗窃行为的评价也包括了对使用他人信用卡行为的评价。因此本案适用《刑法》第196条第3款，认定廖某某行为构成盗窃罪，可以更加全面的评价廖某某的犯罪行为。

从社会危害性角度来讲，随着网络的不断发展，网络犯罪逐渐滋生，诸如此类法律中并无相关明文规定的新型犯罪，今后也势必不断增多，威胁人们的网络财产安全。如果本案仅认定为信用卡诈骗罪，则其行为未达到追诉标准，不构成犯罪，显然与其带来的社会危害性不相对应。

（五）处理意见

由于本案中犯罪嫌疑人廖某某还具有如实供述、积极赔偿被害人损失等从轻情节，故我们的处理意见为：犯罪嫌疑人廖某某实施了《中华人民共和国刑法》第196条第3款的行为，构成盗窃罪，但犯罪情节轻微，积极赔偿被害人损失，且具有

《中华人民共和国刑法》第 67 条第 3 款规定的如实供述自己罪行可以从轻处罚的情节，根据《中华人民共和国刑法》第 37 条的规定，不需要判处刑罚。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 173 条第 2 款的规定，对廖某某作不起诉。

诈骗案中非法占有目的的司法认定

——以被告人逯某某诈骗案为例

李建龙*

一、基本案情

2011年3月下旬，被告人逯某某经罗甲介绍认识罗乙。同月27日，罗乙、罗甲和张某某、肖某某在某某县茗仁茶楼谈论找工程项目事宜，因罗甲认识被告人逯某某并听逯某某谈过手中有土石方工程项目，便联系逯某某到茗仁茶楼，随后因事离开茶楼。逯某某到茗仁茶楼后，称自己曾做过轻轨一期工程大学城段土石方工程，认识重庆市某某有限公司的副总经理杨某（杨总），并介绍轻轨二期工程土石方工程工程量大，收益高、每方利润约10余元，他与杨总熟悉，拿几百万方的土石方工程没问题；轻轨二期工程先要送杨总工程款的10%作为回扣，共34万元，送杨总回扣后在4月上旬就能签合同和见杨总，中旬就可入场开工，送杨总回扣越早越稳当。罗乙等人听逯某某介绍通过杨总可以拿到重庆轻轨二期土石方工程项目，都心动并希望投资重庆轻轨二期土石方工程项目，合伙做该工程，并在

* 重庆市人民检察院第一分院公诉二处。

茶楼约定张某某夫妇占10%的股份（事后因认为有诈而放弃），34万元先由罗乙垫资，工程完工后先支付罗乙垫资的本息，剩余的利润由逯某某、罗乙、罗甲平均分配；商定协调轻轨二期土石方工程项目由逯某某负责，资金由罗乙负责，罗甲审查合同等事务。次日，罗乙在龙城国际小区下罗甲的办公室处将34万元人民币交给逯某某，逯某某向罗乙出具了34万元的收条。4月上旬，逯某某所称的签订轻轨二期工程土石方工程合同时间已过，因未签合同，罗乙、罗甲遂要求逯某某引见杨总，但被逯某某以杨总不在重庆为由搪塞；4月中旬，逯某某所称的签订轻轨二期工程土石方工程开工期限过后，因工程未开工，罗乙追问，逯某某以轻轨二期土石方工程项目内部分配不均，杨总同意另找项目补偿。对所收34万元未退还罗乙，经罗乙多次催收未果。

后经查明，重庆市某某有限公司无副总经理叫杨某的人。重庆主城至大学城某线的分段轻轨工程是中国交通一公局第六工程有限公司和重庆单轨公司在重庆轻轨公司招投标过程中中标承建，中国交通一公局第六工程有限公司承建微电园至大学城车站段，重庆单轨公司承建中梁山赖家桥至微电园段，两公司承建中均无土石方工程向外转包，也未与重庆千安建筑安装公司副总经理杨某和一个叫逯某某的人进行过合作。重庆大学城至璧山段轻轨未立项，无工程项目。

2011年6月，罗乙在向被告人逯某某追收款项过程中，被告人逯某某称认识成都某军区部队管理工程的“陈某某”，可以拿到成都某军区某军第九飞行大队训练场土石方工程，工程大，利润大，愿与罗乙、罗甲合伙做该土石方工程，但要送130万的礼金给陈某某，该礼金在预付款中扣除。罗乙又相信逯某某，希望做该工程，并于2011年6月6日，将110万转到逯某某使

用的其姨妹张某中国农业银行号卡上。当日，逯某某将该款用于还其借唐某、秦某的借款等。事后，为隐瞒真相，逯某某伪造了陈某某为借款人的借条并加盖自己的手印，伪造盖有成都某军区联勤部工程管理处印章的J03分区工程承包合同，伪造了工程开工令，并将伪造的上述资料复印件交与罗乙，叫罗乙等按开工令时间准备开工。2011年8月，逯某某、罗乙、罗甲组织挖机到成都开工，挖机在成都等候10余天，由于未找到工地及陈某某等，挖机又返回铜梁。事后，经罗乙多次找逯某某退款，被告人逯某某均以各种理由推脱，并将以前出具的收条全部改为了借条。为了证明其有还款的经济能力，逯某某再次伪造中国铁建股份公司要退他370万元的退款函，并用手机彩信发给罗乙，示意其在等待该笔款。

经成都某军区联勤部政治部保卫处核实，成都某军区联勤部政治部没有李某、陈某某这两名干部；没有“成都某军区后勤部工程管理处”、“成都某军区联勤部工程管理处”这两个单位；没有“成都某军区某军第九飞行大队训练场J03分区工程承包合同”情况。经中国人民解放军成都某军区空军政治部核实，没有“成都某军区某军第九飞行大队后勤处”这一单位。

2011年6月17日，罗乙与被告人逯某某就江津某项目的土石方工程的施工事宜与重庆某建筑工程有限公司、宋某某签订了《土石方平场内部协议》，宋某某为该项目负责人。协议约定进场时间以通知书为准，本合同履约保证金150万元，签订本合同时支付80万元。2011年6月21日，罗乙与被告人逯某某向协议项目交纳履约保证金80万元，重庆某建筑工程有限公司、宋某某出具了收据；次日又交纳履约保证金31万元，重庆某建筑工程有限公司、宋某某未出具收据。但约定了多次开工，罗乙与被告人逯某某均未能进场施工。2011年11月15日，被

告人逯某某与宋某某签订《自愿退款协议书》，逯某某申请与宋某某解除土石方工程合同，宋某某于协议签订之日退还逯某某50万元履约保证金，余款另行协商，退还全部履约保证金之日，双方一切法律关系、经济关系终止。同日，宋某某将50万元转入逯某某持有的张某建行卡账户内。同日，逯某某通过账户向罗乙持有的其丈夫胡厚龙账户内打款40万元。事后，重庆某建筑工程有限公司、宋某某与罗乙、被告人逯某某因《土石方平场内部协议》纠纷，经某区人民法院调解结案。

罗乙在多次追收款项未果的情况下，发觉自己被骗，于2012年6月上旬向公安机关报案，被告人逯某某知悉后离开铜梁，经某县公安局初查后于次月6日立案侦查。2012年7月11日被告人逯某某自动到某县公安局，称借过罗乙的钱，但隐瞒重要事实和情节。2012年7月12日被某县公安局刑事拘留，次月16日被依法逮捕。侦查中，公安机关将扣押的被告人的现金1200元，发还了罗乙。对与案件无关物品发还了当事人。被告人逯某某无偿还能力。

被告人逯某某的辩解理由：(1)罗乙给钱，他出具了借条和收条，钱打在张某账上同时张某还帮他打款还罗乙，他是自己到公安机关去说的情况，因此，他不具有非法占有的目的。(2)由于他借罗乙的钱时间太长，借条、开工令造假是担心罗乙的丈夫催还款，罗乙用借条、开工令作为骗她丈夫缓期还款的理由。

其辩护人的辩护意见：(1)被告人借钱是为了做工程获利、还款。飞行训练场和轻轨二期工程不能排除被告人被骗的可能。在罗乙报警前被告人通过张某账户还过款，故被告人不具有非法占有的目的，公诉机关指控被告人逯某某犯诈骗罪证据不足，应宣告其无罪。(2)在罗乙报警前被告人通过张某账户还款40万元，应在指控数额中予以扣除。

一审法院认为，被告人逯某某以非法占有为目的，故意编造客观上不存在的重庆轻轨二期土石方工程和成都某军区某军第九飞行大队训练场土石方工程，并以前期打通关节急需送礼才能获得工程为由，骗取罗乙信任，在罗乙先后给144万元人民币后，用于归还自己所欠的巨额债务和花销等，在罗乙催促开工及追款中，又以伪造合同、工程开工令、退款函等继续欺骗，不予归还，其行为符合《中华人民共和国刑法》关于诈骗罪的犯罪构成之规定，构成了诈骗罪。公诉机关指控的事实清楚，证据确实充分，罪名成立。被告人诈骗数额144万，属数额特别巨大，依法应承担10年以上有期徒刑的刑事责任。根据《中华人民共和国刑法》第266条，第64条、第61条之规定，以诈骗罪判处逯某某有期徒刑13年，并处罚金10万元。

一审判决后逯某某不服，以自己无非法占有的目的，不构成诈骗为由提起上诉。二审法院认为，上诉人逯某某以非法占有为目的，采用虚构事实的方法，骗取他人财物，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，依法应予处罚。原判认定的事实和适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，上诉人的上诉理由不能成立，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第225条第1款第（一）项的规定，裁定驳回上诉，维持原判。

二、争议焦点

我国刑法理论通说和实践部门均认为，诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪。然而，非法占有目的是人的主观上的心理活动，除了本人供认以外（但大多数情况下行为人即使具有“非法占有目的”，也往往辩称自己没有非法占有的目的，所以依靠供述来直接认定行为人具有非法占有目的的方法运用场合非常有限），其余场合无法直接运用证据来证明行为人的主观心

理活动。大量的案例显示，诈骗犯罪的行为具有智能性、职业性、反侦察、反审判能力强等特点，往往通过各种手段或狡辩来模糊司法人员审查的视线，借此证明或表明自己主观上没有非法占有的目的，企图逃避法律的追究。随着社会经济生活的日趋复杂多样，各种诈骗犯罪手段花样不断翻新，越发增加了司法实践中证明、认定的难度。因此，在办理具体的诈骗案件时，公安机关、检察机关、法院均面临非法占有目的的有无这一问题，行为人非法占有目的的有无，也往往是控辩双方争论的焦点。而本案的主要焦点即是根据现有证据能否认定被告人逯某某具有非法占有的目的？

三、观点透析

（一）刑法中“以非法占有为目的”的界定

综观我国刑法理论界关于非法占有目的的解释，其非法占有目的无不与民法中的“所有权”、“占有”概念息息相关。因此，要清楚界定非法占有目的，必须依赖民法对于有关概念的理解，须将“非法占有”一语放在民法中进行认识和解释。占有，从本义上讲，就是对财物的控制、管领，“非法占有目的”也就是非法掌握和控制财物的目的。但仅从占有的本义去理解占有，就会落入民法的“占有”概念中。在民法上，“占有”具有两种不同的概念。一种是所有权中的占有权能，是掌握、控制物的权能，实际上可以脱离所有权人而属于非所有权人，因此属于一种观念上的占有而非实际上必须存在的占有状态。如甲将自己的汽车出租给乙用于运输，甲虽然没有实际占有，但是基于其所有权而依然通过乙对汽车享有占有权能。另外一种是事实上的占有，指行为人对物进行事实上的控制，对物进行掌握控制、使用收益及处分等。如果行为人脱离了占有，则

成为该事实上的占有。这里占有的本质在于主体以自己的意思对物进行现实的支配。如前面所例，乙为事实上的占有。作为刑法意义上的“占有”，是经过刑法评价的，是与民法之“占有”存在区别的。占有权能只是所有权中的“占有、使用、收益、处分”中的一项权能，所有权可以与占有权能相分离，但是占有权能伴随所有权发生而发生，所有权消灭而消灭，不能脱离所有权而单独存在。所以，刑法中非法占有中的“占有”当然应当是指的所有权。但在理论界和实务界认为，“对于非法占有和非法所有在刑法上作不同的理解是没有必要的”。[1]

这一点现在在理论界和实务界已基本达成共识。所以，刑法中的“非法占有”在民法中的理解，实际上指的是行为人在非法（指民法上的非法）形式或未经权利人授权情形下，意欲排除占有人（包括非法占有人），将他人的财物作为自己的所有物而取得事实上支配权的意思，但该定义没有揭示排除的深刻内涵，不能区分盗窃、诈骗等行为与一时非法使用行为。因为盗用、诈骗行为与不可罚的一时非法使用行为都使权利人失去了对财物的控制和支配，二者区分的关键在于如何理解排除意思，这是其一。其二，该定义不能区分盗窃、诈骗等行为与故意毁坏财物行为。因为盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪的法益侵害相同，都需要“将他人的财物作为自己的所有物进行支配”，因而要将利用意思纳入非法占有目的的内容之中，才能区分盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪。

综合上述，笔者认为，“非法占有目的”应指行为人在非法形式或未经权利人授权情形下，意欲排除占有人（包括非法占有人），将他人的财物作为自己的所有物而取得事实上支配权，

---

〔1〕 陈兴良：“盗窃罪研究”，载《刑事法判例》，法律出版社 1999 年版。

并遵从财物可能具有的用途进行利用、处分的意思。即非法占有目的是由“排除意思”和“利用意思”构成，前者重视法的侧面，后者重视经济侧面；前者的机能主要区分盗窃罪、诈骗罪与不可罚的一时盗用、诈骗行为，后者主要是区分盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪。

（二）认定非法占有的目的，要善于运用刑事推定

刑事法律推定是指在刑事诉讼过程中，司法人员在无反证的前提下，根据事实之间的常态联系，以某一已查明的刑事法律事实推断另一难以证明的刑事法律事实存在、不存在或其相关状态。刑事推定的法律实质就在于改变传统的、一般意义上用证据直接证明犯罪事实的做法，当不存在直接证据或者仅凭直接证据不足以证明待证事实时，通过间接事实与待证事实之间的常态联系进行推理，从而得出待证事实为真的结论。通过刑事推定，可以使犯罪构成中某些无法通过证据直接加以证明的要素得到确认，简化认定事实的环节，缓解诉讼证明上的困难，从而切实降低刑事诉讼的社会成本，提高诉讼效率，对于认定和打击犯罪，防止犯罪分子逃脱刑事追究具有重要意义。〔1〕

在实践中，推定的适用早已被西方学者所肯定。如英国著名法学教授克罗斯和琼斯指出，事实的推定“由于它往往是能够证明被告心理状态的唯一手段，因而在刑事司法中起着非常重要的作用。法官应该对陪审团作出这样的指示，即它有权从被告已经实施了违禁行为的事实中，推断出被告是自觉犯罪或具有犯罪意图，如果被告未作任何辩解，推断通常成立”〔2〕。

---

〔1〕 肖中华、张少林：“刑事推定与犯罪认定刍议”，载《法学家》2002 年第 3 期。

〔2〕［英］鲁珀特·克罗斯，菲利普·A. 琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志译，中国人民大学出版社 1991 年版，第 56 页。

在金融诈骗犯罪的司法认定中，刑事推定的适用被我国一些学者所提倡。如著名刑法学者陈兴良教授认为，“所有金融诈骗罪都可通过客观行为推定行为人的主观目的，从而认定犯罪”。[1] 最高人民法院于1996年12月颁布的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》及2001年1月印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》也全面肯定了刑事推定在金融诈骗罪的非法占有目的司法认定中的运用。因为非法占有目的是人的主观上的心理活动，除了被告人本人供认以外（但大多数情况下行为人即使具有“非法占有目的”，也往往辩称自己没有“非法占有目的”），其余场合无法直接运用证据来证明行为人的主观心理活动，所以需要转换思路，通过与主观心理密切联系的外在表现来加以推断，通过行为人本身实施的一系列客观行为，来推定其主观故意。

（三）运用证据推定被告人具有“非法占有的目的”必须查清相关客观情形

1. 查明行为人非法占有公私财产的具体情节

以非法占有为目的是种主观心理态度，只有在实施了非法占有公私财产的行为之后，才能明显地表露出来，得到证实。尤其是在犯罪分子不愿暴露自己的犯罪目的，或者侦查行为不当，导致行为人作出违心供述的情况下，查明行为人占有公私财产的具体情节，对于正确判断和认定是否以非法占有为目的，有着十分重要的意义。如某犯罪嫌疑人是服装厂警卫人员，某日值夜班时，在另名同班人员尚未到达的情况下，用自己的钥匙打开了他人存放在厂内车棚里的辆摩托车点火开关，发动后骑出厂门，在公路上被巡警查获。被盘问时，他说自己是因为

[1] 陈兴良：“论金融诈骗罪的主观目的的认定”，载《刑事司法指南》2000年第1期。

个人闲得无聊，骑车出来兜风玩的。盘问人说他态度不老实，结果他又承认自己是想把这辆车子偷回家，于是被刑事拘留并被提请批准逮捕。此时，行为人才真的紧张起来，改变了承认以非法占有他人摩托车为目的的供述。为了明确其真正目的，检察人员进行了广泛的调查。结果发现：第一，行为人的家住在服装厂东侧，如果他想把摩托车窃为己有，应该出厂门向左拐，而行为人骑车被查获的地点在厂门右侧方向。第二，出厂门向右拐并们前延伸，没有行为人的亲戚、朋友，无处藏匿，深夜也不可能销赃。第三，行为人是在骑车出厂门右拐不远后折回原路时被查获的，地点就在厂门附近。第四，分析行为人被巡警查获时心情紧张的原因，一是擅离职守，违反了厂规，怕被处分，二是自己所骑摩托车是别人的，怕被追查，三是自己无摩托车驾驶证，怕被罚款。所以，在盘问人说了“你老实交代就放你回家”的话后信以为真，行为人作出了虚假的供述。据此，检察院认定行为人没有非法占有他人摩托车的主观故意，并得到了公安机关的认同。

2. 查明行为人非法占有公私财产的具体手段

在许多情况下，行为人的行为是否以非法占有为目的，是通过非法占有公私财产的具体方法表现出来的。根据法律规定，主要有三种情况：一是刑法分则条文中没有明确表述“以非法占有为目的”，只要采取相应的犯罪方法，实施了具体的犯罪行为，就应当认定为非法占有公私财物而构成犯罪的情况。如以秘密窃取方法占有数额较大的公私财物构成盗窃罪，以暴力、胁迫或者其他方法强行抢走公私财物构成抢劫罪等等。二是必须采取刑法分则条文中列举的犯罪方法，实施了相应的犯罪行为，才能被认定为“以非法占有为目的”而构成犯罪的情况。如《刑法》第 196 条规定的以恶意透支方法进行的信用卡诈骗

犯罪，必须是超过规定限额或者规定期限透支，并经发卡银行催收后仍不归还的，才能被认定为以非法占有为目的而构成犯罪。符合规定的透支，或者超过规定限额、期限而透支后主动归还，经催收后积极归还的，都不能认定为以非法占有为目的而定罪处罚。三是刑法分则条文虽然规定了必须以非法占有为目的作为构成犯罪的主观方面要件，但没有详细列举非法占有的具体方法以及需要在司法实践中准确把握的情况。如《刑法》第192条规定的集资诈骗罪，必须具备以非法占有为目的的主观方面要件。然而，在非法占有目的尚未实现的情况下，就很容易与非法吸收公众存款罪混淆起来。在这种情况下，此罪与彼罪的区分只能从犯罪方法上进行分析。以高收益为诱饵，伪造事实、编造谎言、诱骗公众进行投资，或者以“共同投资”的名义骗取他人钱财的，才是以非法占有为目的，构成集资诈骗罪。而利用人们的获利心理和金融知识比较贫乏的弱点，以高利息相引诱，骗取群众存款后高利转贷牟取暴利的，虽然也采取了欺骗的方法，但没有非法占有群众存款的目的，就只能认定为非法吸收公众存款罪。

3. 查明行为人对非法占有的公私财产的处置情况

行为人对非法占有的公私财产的处置情况，清晰地表明了行为人对已经非法占有的公私财产的主观心态，由此可以判明行为人是否以非法占有为目的，从而明确地区分行为人的行为是属于民法调整的非法占有范畴，还是应当受到刑罚惩罚的犯罪行为。比如，《刑法》第224条第（四）项规定，收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的，应当认定为合同诈骗罪。但是，实践中还存在着行为人并没有逃匿，而收受的货物、货款等已被处置又无力履行的情况，即所谓的“千年不赖，万年不还”现象。这时，就必须查明货物、货款的

去路，即行为人对非法占有公私财产的处置情况，对构成犯罪者给予坚决的打击，保护社会主义经济秩序。如犯罪嫌疑人王某与某砖瓦厂签订一份代销介同，由砖瓦厂以每块 0.17 元的价格供应甲级红砖，王某负责销售，并在规定期限内结清账目，再付下批红砖。王某首批得到价值5.8 万余元的红砖34.2 万块，到手后即以 4 万块红砖抵还了个人债务，4 万块红砖抵算了运费，4 万块红砖给了帮忙签订介同的薛某，剩余部分以每块 0.16 元的价格销售。砖瓦厂追索货款达一年之久未能奏效，只好诉诸法律，终因王某无力偿还而末能追回货款。在本案中，王某以签订经济合同为名，收受砖瓦厂货物后虽未逃匿，但其将货物用于抵还个人债务和低价销售，以及拒绝归还债务的行为表明，他不仅具有非法占有的目的，而且已经具体实施，与那种收受货物、货款后逃匿的情况并无本质区别，应当依法治罪，而不应按经济合同纠纷进行处理。

（四）本案是否可以认定被告人具有“非法占有的目的”

1. 现有证据证实被告人逯某某非法占有了被害人的财产。从本案的情况来看，被害人的陈述，被告人逯某某的供述，证人罗甲、张某某、借条、查询存款/汇款通知书回执等大量证据都证明了被告人逯某某从被害人罗乙那里获取了 144 万元人民币。

2. 现有证据证实被告人逯某某系采用虚构事实方式骗取的被害人财产。逯某某的供述证实其告诉罗乙、罗甲、张晓忠、肖某某等人自己在承包轻轨一期土石方工程时认识了重庆市轨道集团副总杨某（后又称杨某是沙坪坝千安建筑工程公司的杨总），可以通过杨总拿到轻轨二期土石方工程，利润可观，但需要向杨总支付回扣。罗乙、罗甲等人听后很感兴趣，就决定与逯某某合伙搞这个项目，后逯某某从罗乙处拿到 34 万，声称是

支付给了杨总。逯某某的供述有被害人罗乙陈述及证人罗甲、张某某、肖某某证言及逯某某开具给罗乙的34万元借条予以印证。同时被害人罗乙的陈述及证人罗甲的证言证实他们曾多次要求见杨总但都被逯某某以各种理由拒绝。逯某某先称自己过去是和杨总的号码联系，后来又改称没有这个号码，这个号码只是杨总名片上的号码。机主信息及证人孙敏惠的证言证实，是孙敏惠的号码，2003年被注销后就没有使用过。证人张甲、李乙的证言及重庆轨道集团的证明、工商登记等证据证实逯某某说的重庆轻轨二期土石方工程、重庆市轨道集团副总杨某、千安公司均不存在，逯某某也没有承建过轻轨一期土石方工程。因此，综合上述证据，足以认定逯某某系通过故意编造客观上不存在的重庆轻轨二期土石方工程，虚构向“杨总”送礼的事实，来诈骗被害人罗乙的34万。

逯某某的供述证实，其介绍罗乙与其合作成都空军第九飞行大队的工程，利润可观，但需要向成都军区后勤部的主任陈某某送好处费。其先后称陈某某是经过袁乙、王甲等人介绍认识的。被害人罗乙的陈述及借条、银行账户明细等证据证实罗乙支付给逯某某110万后，工程一直没有开工，其多次要求见陈某某，但均被逯某某拒绝。证人罗甲、张某智、周某富的证言及成都某军区联勤部和成都某军区空军政治部的证明等证据证实成都某军区空军第九飞行大队训练场土石方工程及陈某某等人皆不存在，甚至张某智、周某富的两台挖掘机被骗到成都闲置了两个多月。证人袁乙、王甲的证言证实二人均没有介绍陈某某给逯某某。逯某某提供给罗乙的J03分区工程承包合同、工程开工令、退款函经鉴定均系逯某某伪造。因此上述证据，相互印证，足以认定逯某某系通过故意编造客观上不存在的成都某军区某军第九飞行大队训练场土石方工程，并以前期打通

关节急需送礼才能取得工程为由，来诈骗被害人罗乙的110万。

3. 现有证据证实被告人逯某某骗取的钱款用于归还自己个人的欠款及花销。逯某某的供述证实，其2011年6月6日收到了罗乙用于这个工程打点陈某某的110万，但其当天就将其中的91.6万元用于归还自己欠唐某、秦某的借款。证人唐某、秦某的证言证实2011年6月6日其二人分别收到逯某某归还的欠款51.6万元和40万元。因此上述证据，相互印证，足以认定逯某某骗取的钱款用于归还自己个人的欠款及花销等，并未用于工程。

4. 虽然逯某某向被害人罗乙出具了收条并后改为借条，但不能否定其行为性质为诈骗。罗乙给予逯某某的34万和110万，系罗乙对轻轨二期土石方工程项目、成都某军区某军第九飞行大队训练场土石方工程的投资款，并非罗乙给逯某某的借款。2012年5月罗乙虽然叫逯某某将其给逯某某工程项目的投资款的收条全部换成借条，但逯某某通过虚构轻轨二期土石方工程项目、成都某军区某军第九飞行大队训练场土石方工程以及为获取上述工程需要送礼打通关节，将罗乙的34万和110万骗到手中，已经诈骗既遂，其事后给被害人补写借条不影响其诈骗罪的构成，不能认为补写了借条，诈骗犯罪就变成了借贷纠纷。况且，从案发至今，逯某某始终没有归还罗乙的投资款，其名下也早无资产，车辆和房屋被拍卖还债，这些也足以证明逯某某事后给罗乙将收条换成欠条并非是为了归还罗乙的投资款，而只是应付被害人罗乙追讨的手段而已。

5. 对于被告人逯某某的辩解，由于他借罗乙的钱时间太长，借条、开工令造假是担心罗乙的丈夫催他还款，罗乙用借条、开工令作为骗她丈夫缓期还款事由的辩解，经查只有被告人逯某某的供述，无其他证据印证，系孤证，故该辩解不能予以

采信。

6. 虽然逯某某曾因百竹园项目土石方工程而向罗乙的丈夫卡内转账40万元，但该款系因二人与他人基于民事合同的债权债务关系而产生，不能认定与本案诈骗款项有关联性，更不能否定本案逯某某非法占有被害人144万元财产的主观目的。

故综合全案证据来看，足以证明被告人逯某某具有非法占有的目的。

蒋某某诈骗案：以“打假牌”的方式骗取他人钱财行为的定性

马洪伟*

一、基本案情

被告人蒋某某，男，1972年9月1日出生，因涉嫌诈骗罪，于2011年4月7日执行逮捕。重庆市人民检察第一分院于2011年5月9日以被告人蒋某某犯诈骗罪，向重庆市第一中级人民法院提起公诉。

重庆市第一中级人民法院经审理查明：2004年7月，被告人蒋某某和陈某、张某某在重庆市江北区金源饭店茶楼共谋采取打假牌的方式骗取鄢某某钱财。蒋某某、张某某、陈某等人将被害人鄢某某灌醉后带至重庆市渝北区某饭店，通过打假牌的方式骗取鄢某某人民币140余万元。

2005年12月，被告人蒋某某和陈某、张某某在重庆市江北区某大酒店茶楼共谋采取打假牌方式骗取贺某钱财。陈某将贺某约至重庆市渝北区某山庄与蒋某某等人赌博，通过打假牌的方式骗取贺某人民币976万元。2011年3月2日，被告人蒋某

---

* 重庆市人民检察院第一分院公诉二处副处长。

某到公安机关投案。

二、争议焦点

本案的争议焦点是：被告人设计赌局圈套，以打假牌的方式赢取被害人钱财的行为，构成诈骗罪还是构成赌博罪。

第一种意见认为，蒋某某的行为构成赌博罪。被告人蒋某某等人共谋设局赌博，并诱骗贺某等人参赌，在赌博过程中使用欺诈手段骗取参参赌人员财物，根据1995年11月6日最高人民法院《关于对设置圈套诱骗他人参赌又向索还钱财的受骗者施以暴力或暴力相威胁的行为应如何定罪问题的批复》（以下简称《批复》）规定："行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财，属赌博行为，构成犯罪的，应当以赌博罪定罪处罚。参赌者识破骗局要求退还所输钱财，设赌者又使用暴力或者以暴力相威胁，拒绝退还的，应以赌博罪从重处罚；致参赌者伤害或者死亡的，应以赌博罪和故意伤害罪或故意杀人罪实行数罪并罚。"被害人贺某、鄢某某主观上明知赌博具有财物输赢，而且赌博行为是国家法律禁止的，其基于主观上赢取他人钱财的故意参与赌博。根据上述批复，本案应当以赌博罪认定。

第二种意见认为，蒋某某的行为构成诈骗罪。被告人蒋某某等人以赌博为名，合谋采用欺骗手段骗取被害人的钱财，蒋某某等人共谋的主观目的就是要非法占有他人财物，并非赌博犯罪中主观上所指的以营利为目的。客观上，蒋某某等人实施了一系列虚构事实、隐瞒真相、引诱他人"参赌"，并作假自愿让他人交付钱物的行为。其行为符合诈骗犯罪的特征，应以诈骗罪追究刑事责任。

第三种观点认为，蒋某某的行为构成诈骗罪。但在具体理由上与第二种意见有所区别。此种意见认为，所谓的被诈骗的

赌博人员，其主观上有参加赌博的故意，客观上也实施了赌博行为，赌博参与者同时也与诈骗者共同构成赌博罪。蒋某某等人采用了赌博方式进行诈骗，其行为同时构成赌博罪和诈骗罪，诈骗罪与赌博罪是牵连关系，两罪成立牵连犯。按照牵连犯处罚原则即择一重罪论处，本案应以诈骗罪定罪处罚。

三、观点透析

（一）赌博罪的概念

根据我国《刑法》第303条及相关司法解释的规定，所谓赌博罪，是指以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。“以营利为目的”，指行为人实施聚众赌博、开设赌场、以赌博为业的行为，是为了获取数额较大的金钱或者其他财物或者财产性利益。赌博的输赢靠牌术和运气，输或者赢结果具有不确定性，有侥幸成分与偶然因素，参加一方财物可能受到损失，也可能得到增加。

（二）诈骗罪的概念

诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取他人数额较大的公私财物的行为。诈骗罪最主要的特征是使用欺骗手段，使一方财物受到损失，另一方因此不法地占有损失方财物的行为。诈骗罪的基本过程是：“行为人实施欺骗行为——受骗者陷入认识错误或者继续维持认识错误——受骗者基于认识错误处分（交付）财产——行为人或者第三人取得财产——被害人遭受财产损失。”[1]

（三）赌博罪与诈骗罪的区别与界限

诈骗罪与赌博罪存在以下几方面的不一致：

---

〔1〕张明楷：“论诈骗罪的财产损失”，载《中国法学》2005年第5期。

其一，侵犯的客体不同。我国刑法将诈骗罪与赌博罪分别规定在侵犯财产罪和妨害社会管理秩序罪中，说明两罪调整的社会关系不一样。诈骗罪侵犯的是公私财物所有权，赌博罪侵犯的主要是社会主义社会风尚，赌博行为不仅危害社会秩序，影响生产、工作和生活，而且往往会诱发其他犯罪。其二，犯罪动机不同。诈骗罪以非法占有公私财物为目的，赌博罪以营利为目的。其三，客观行为表现不同。赌博是依偶然行为决定财物的输赢，输赢的结果事前并不能作准确的判断，诈骗是采用虚构事实或隐瞒真相的方法骗取他人财物，诈骗犯罪除未遂的情况外，一般都会非法占有他人财物，即获取财物的可能性是可以预知的。其四，司法机关对涉案财物的处分不同。在诈骗犯罪中行为人诈骗所获得的财产应当返还被害人，而赌博犯罪中查获的赌资应当由司法机关依法予以没收。其五，二罪的法定刑期不同，赌博罪的最高法定刑为三年，诈骗罪的最高法定刑为无期徒刑。

从两罪以上的区别来看，要正确区分二罪从表面上看并不复杂，但自古就有“十赌九骗”之说，司法实践中赌博罪与诈骗罪往往相互交织在一起，诱人参赌和以赌博之名，行诈骗之实的情况并非个别现象。因此，在具体司法适用过程中，有必须进一步厘清诈骗犯罪与赌博犯罪的界限。

1. 行为人实施欺诈行为的目的

“犯罪目的，是指犯罪人主观上通过犯罪行为所希望达到的结果，即是以观念形态预先存在于犯罪人大脑中的犯罪行为所预期达到结果”。[1] 我国刑法理论界认为，犯罪目的是希望意志的核心，反映着直接故意的心理内容。犯罪目的的存在不仅

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第274页。

说明行为人对其行为的社会危害结果已有认识，而且表明行为人积极追求这一预期的危害结果。从刑法的规定来看，有的分则条文明文规定了犯罪目的，如赌博罪规定“以营利为目的”；有的虽然没有明文规定，但实际上犯罪目的属于责任要件，如诈骗罪没有规定“以非法占有为目的”，但以非法占有为目的事实上是诈骗犯罪的主观构成要件。当然，并非所有犯罪都存在犯罪目的，如过失犯罪。厘清犯罪目的，对于判断行为性质有重要作用。

赌博案件中经常伴有欺诈行为，赌博中实施欺诈行为的目的是什么？应当说行为人通过欺骗手段目的是引诱被害人参加赌博，在具体赌博行为中既进行正常的规则实施赌博行为，也实施部分欺骗行为，如所谓“老千”，其目的也是为了更好的赢取参赌人员的财物。赌博这种以偶然的输赢获取他人财物的行为，这种偶然性对当事人双方来讲都具有不确定性，输赢的概率对双方来讲是公正的。如果对一方当事人而言，胜败的结果已定，则不能称为赌博。

诈骗案件中欺诈行为，主要是采用虚构事实、隐瞒真相的方法，使他人陷入错误并进而处分财产。虚构事实和隐瞒真相是诈骗罪主要欺诈手段。“虚构事实”，是指捏造客观上并不存在或者根本不可能发生的事实；虚构的事实既可以是全部事实，也可以是部分事实。“隐瞒真相”，是指掩盖客观存在的事实，使对方在受蒙蔽的情况下自愿的交付财物。如赌博中隐瞒行为人之间相互串通或者在牌面上作假、多牌、少牌、使用透视镜、遥控器等事实。在诈骗罪中，实施欺骗的目的就是为非法占有被骗人的财物。行为人为了实现非法占有他人财物的目的，积极采取虚构事实或隐瞒真相的方法。行为人在实施欺诈行为时，认识到其欺诈行为当然会发生非法占有他人财物的危害后果。

在此种故意支配下的赌博活动，对一方当事人而言，胜败的结果已定，受骗方只是蒙在鼓里而已。

2. 受骗人产生错误认识的内容

受骗人是否发生错误认识，存在客观说和主观说两种观点。客观说认为，应当以客观标准为依据加以认定，欺骗手段是否达到能使人陷于认识错误，通常情况下只要能使社会上一般人陷于错误认识即可。主观说认为，由于每个人的知识、职业、社会阅历、智力等不同，欺骗的内容需要达到的程度明显不同，才能足以使不同个体产生认识上的错误，因此必须具体情况具体加以客观考察。无论是客观说还是主观说，在判断具体行为中均有不足之处，笔者认为应当主客观相结合确定受害人陷入错误认识的判断标准。以欺骗行为实施时的具体情况为前提，首先要求具有使一般人陷于错误的可能，然后结合被骗者的智能、性格、知识、经验等具体情节做出判断。如果虚构的事实不会使一般人陷入认识错误，那就不能够达到欺骗的程度。如果一般人会发生认识错误，再结合个体情况进行实质判断。这种判断标准，在一般标准的基础上考虑到了个体差异，能够合理的判断出行为人是否产生了错误认识。

诈骗罪中的错误认识的内容，不是指被骗者对案件的一切事实存在认识上的错误，而是仅指能够引起处分财产的事实有认识上的错误。即不要求受害人对案件有关的事实都发生错误认识，只要受害人发生的错误认识是欺诈行为导致的，并且该错误认识致使受害人做出处分财产的行为，才是就是诈骗罪中的认识错误。在实践中，典型错误认识的内容主要包括：“认为应当将自己的财物转移他人；认为自己占有的财物本身就属于他人所有，应当归还；认为将自己的财物给他人会产生更大回

报；认为将自己财物转移他人后他人会按随时归还等[1]。”而本案中，受骗人错误认识的内容是认为自己在赌博中手气太差或者技不如人，输给了对手，因此应当按游戏规则将自己的财物转移他人。

3. 行为人欺骗行为与被害人处分财物之间的因果关系

诈骗罪中的财产处分行为，是指受骗者基于认识错误而“自愿的”将财产或财产性利益转移给行为人或第三者占有。被害人自愿的财产处分行为是诈骗罪的重要特征，是区别于其他财产犯罪的重要标志。因此，在法律适用中还要进一步考察行为人的行为与处分财物之间在刑法上的因果关系。

欺诈行为的直接危害后果就是致使被害人处分财产，财产处分行为也是成立诈骗罪中欺诈行为的要素。诈骗罪中的财产处分行为的成立需要具备处分意识，处分者不仅要认识到自己在处分财物，还要对自己正在处分的财物的具体性有准确的认识，也就是说知道自己在处分财物、知道自己处分的是什么财物。在考察行为人的行为性质中，必须考察欺诈行为与处分行为之间的直接因果关系，处分行为与被害人财物损失之间直接因果关系。因果关系的缺少会导致行为性质的差异。比如诈骗罪和盗窃罪中都存在着转移财产的行为，诈骗罪是受骗者基于欺诈行为而处分财产，盗窃罪是违反被害人的意志而转移占有。因此，即使行为人有欺骗行为，但财物如果是违背被害人意志作出的财产处分行为，则不能成立转移占有的行为是基于诈骗行为做出的。

本案中，被告人如果仅是欺骗他人参加赌博，而没有在赌博过程中作假，即是说财物的输赢依赖的是牌技与运气，则欺

---

[1] 最高人民法院主编：《刑事审判参考》（第89集），法律出版社2013年版，第70页。

诈行为与处分财物行为之间不具有直接因果关系，成立赌博罪。但本案中被告人蒋某某还隐瞒了使用作假手段的事实，让受骗人包输不赢，赌博只是表象，诈骗才是本质。这就使得行为人欺诈行为对受骗人处分财物行为起到关键性作用，使被害人财产受到损害，欺骗行为与财产损害行为之间具有了刑法上了因果关系。因而行为人蒋某某的前后行为符合诈骗罪的逻辑结果，应当定性为诈骗罪。

4. 从罪责刑角度看罪名的选择

首先，从两罪法定最高刑的角度比较。我国《刑法》第303条规定，以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。赌博罪的法定最高刑为三年有期徒刑，无论诈赌者实际骗得钱财多少，最高只能判处三年有期徒刑。《刑法》第266条规定，诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。对此类案件，如果全部定性为赌博，那么对于设赌诈骗数十万、上百万的行为人，比如本案的蒋某某等人诈骗他人财物超千万元，然而最高只能判处三年有期徒刑，而对于用一般手法诈骗五十万元以上的行为人［2011年4月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2011〕7号）第1条规定，诈骗公私财物价值五十万元以上的，应当认定为数额特别巨大］，以诈骗罪要判处十年以上有期徒刑、无期徒刑，这明显违背罪刑均衡原则，直接导致“设赌诈骗”的犯罪分子得不到应有的制裁和惩罚。

另一方面，从罪名之间的关系看，将“设赌诈骗”定性为赌博会导致关联行为量刑畸轻。根据《批复》规定“参赌者识破骗局要求退还所输钱财，设赌者又使用暴力或者以暴力相威胁，拒绝退还的，应以赌博罪从重处罚；致参赌者伤害或者死

亡的，应以赌博罪和故意伤害罪或者故意杀人罪，依法实行数罪并罚。”《刑法》第269条规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第263条的规定定罪处罚。即是说对于“使用暴力或者以暴力相威胁，拒绝退还的”应该成立“转化型抢劫”，以抢劫罪定罪处罚。那么对现实中存在的“识破骗局要求退还所输钱财，设赌者又使用暴力或者以暴力相威胁，拒绝退还”的案件，如果对于暴力行为以故意伤害罪或者故意杀人罪论处，事实上是将抢劫行为的侵犯财产所有权的特征和暴力特征分割开来。另一种情况，如果行为人使用暴力仅导致被害人轻伤后果的行为，如果不认定为转化型抢劫罪，则不利于保护受害人的人身权利。

笔者认为，《批复》针对个案出台的指导性意见，具有特定社会背景和具体的对象，主要针对当时在火车站、长途汽车站等一些公共场所设置圈套诱骗他人参赌，并使用一些欺诈手段从中获取钱财的案件。这类案件的对象具有不确定性和广泛性，对此类案件根据其社会危害程度，从罪刑相适应角度出发，以赌博罪定罪处罚是恰当的。

有观点认为，行为人的诈骗采用赌博方式进行，行为人并非只构成诈骗罪，同时还构成赌博罪，二者是牵连关系。笔者认为，该观点值得进行商榷。如前文所述，赌博的结果具有偶然性而诈赌行为的结局不具有偶然性，诈赌者不成立赌博罪，所谓的赌博行为只是幌子，是实施诈骗犯罪的手段。被骗参赌人主观上虽然有参加赌博的故意，但是客观上并没有赌博的行为，其只是被欺骗之后，错误处分自己财产。

（四）本案结论

具体到本案，笔者持第二种观点，被告人蒋某某以非法占

有为目的，与他人共谋以打假牌方式骗取他人财物，其行为构成诈骗罪。在共同犯罪中，蒋某某起次要作用，系从犯，犯罪后自动投案具有自首情节，依法予以减轻处罚。依照《刑法》第266条、第27条、第67条第一款之规定，对被告人蒋某某以诈骗罪定罪处罚。

张某某等加工、生产、销售盐酸曲马多片的行为如何定性

张　丽*　张广超**

一、基本案情

被告人张某某结识生产假药的孙某某等人后，见制造假冒药品、假冒保健品有利可图，遂决定加工、生产。2009年3月至2011年8月，张某某经与他人共谋并获取销售渠道后，组织石某某、王某某、李某某等人分工合作，先后从南方某省管某某处购买精神药品盐酸曲马多3000余公斤、无批号的奥美拉唑微丸9000余公斤，购买空心胶囊以及PVC等原料。张某某等人或通过货运站将原料运输至张某某经营的公司内生产加工“海王牌”盐酸曲马多片26万余盒，“天龙”、“贝氏”、“多多”等冒牌盐酸曲马多片8万余盒，销往多地，销售金额达800余万元。

二、争议焦点

该案为一起较大规模加工、生产、销售假药案件，张某某

---

* 重庆市人民检察院公诉二处处长，重庆市检察业务专家。

** 重庆市人民检察院第一分院助理检察员。

等人先后加工、生产、销售盐酸曲马多药片，销售金额特别巨大。在本案办理过程中，争议的焦点主要是张某某等人加工、生产、销售盐酸曲马多片的行为如何定性？对此，主要有三种意见：

第一种意见认为构成生产、销售假药罪。主要理由是：盐酸曲马多是定点生产、定点销售的处方药，若服用过量，会造成依赖甚至成瘾，从而出现癫痫等症状，严重者可危及生命。张某某等人加工、生产、销售的盐酸曲马多片是未取得批准文号生产的药品，属于《中华人民共和国药品管理法》规定的假药。张某某等人明知盐酸曲马多是国家禁止加工生产的药品，在未取得批准文号及许可证的情况下，为牟利仍故意生产、销售，应构成生产、销售假药罪。

第二种意见认为构成生产、销售伪劣产品罪。主要理由是：张某某等人加工生产、销售假药的行为虽然符合生产、销售假药罪的犯罪构成要件，且生产、销售的数额特别巨大，但法律和相关司法解释中都未明确生产、销售的数额特别巨大的可以认定为《刑法》第141条规定的“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”；而张某某等人加工生产、销售假药的行为也符合生产、销售伪劣产品罪的构成要件，且依照《刑法》第140条的规定，销售金额在200万元以上的，即可判处15年有期徒刑或者无期徒刑。故依照《刑法》第149条的规定，应当择一重罪处罚，认定为生产、销售伪劣产品罪。

第三种意见认为构成贩卖、运输毒品罪。主要理由是：曲马多属于国家明文规定的二类精神药品，这种药品国家规定禁止在社会上随意流通，不能任意买卖，属于《刑法》第347条规定的毒品范畴。因此张某某等人的行为构成贩卖、运输毒品罪。

第四种意见，张某某的行为构成非法经营罪。张某某在没

有取得生产、销售盐酸曲马多片资质的情况下，违反国家对精神药品及盐酸曲马多片生产经营的管理规定，非法大量出售盐酸曲马多片的行为不构成贩卖毒品罪，而应认定其构成非法经营罪。因为张某某是不明知他人购买曲马多是用于贩卖给吸毒人员还是用于治疗疾病的，因此没有充分的证据张某某具有贩卖毒品的故意，而是具有非法经营的故意。鉴于其非法经营行为严重扰乱了市场秩序，应认定其构成非法经营罪。

三、观点透析

我们认为，张某某等人加工、生产、销售盐酸曲马多片的行为依法应认定为贩卖、运输毒品罪。

1. 盐酸曲马多药片属于刑法规定的毒品。《刑法》第357条规定："本法所称的毒品是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。"盐酸曲马多并非传统的海洛因、冰毒等毒品，而是新型毒品。我们认为，认定新型毒品，需要着重把握以下二点：一是新型毒品属于国家规定管制的麻醉药品和精神药品的范围。如果某种麻醉药品或者精神药品还没有列入国家规定的管制范围，即使使用后对人的健康乃至生命的危害性极大，也不能认定为毒品。二是新型毒品具有毒品的共性，能够使人形成瘾癖。如果某种麻醉药品或者精神药品虽已被列入国家规定的管制范围，但不会使人形成瘾癖的，也不属于我国刑法意义上的毒品。

结合以上两个方面判断，我们认为可以认定盐酸曲马多属于刑法规定的毒品。首先，物证鉴定中心物证检验报告证实送检的盐酸曲马多白色药片一盒共10粒均检出有曲马多成分。而曲马多是国务院药品监督管理部门会同公安部、卫生部专门制

定的《精神药品品种目录（2007 年版）》中的第二类精神类药品，属于国家规定管制的精神药品。我国有关国家管制的精神药品的目录随着社会的发展具体品种有所变化，将曲马多列入管制类精神药品的是《精神药品品种名录（2007 年版）》，该名录实施的时间是 2008 年 1 月 1 日，而张某某的犯罪行为始于 2008 年，可以依法认定其加工、生产、销售的盐酸曲马多片属于国家管制范围。其次，服用曲马多可以使人形成瘾癖。在我国曲马多于 20 世纪 90 年代初作为非管制性镇痛药应用于临床。随后一些地区不断发生滥用事件。滥用的主要原因就包括海洛因或者其他阿片类滥用成瘾者应用曲马多临时替代海洛因等阿片类毒品以及为了吸毒需要，用曲马多体验药物“欣快”效应。〔1〕而且临床医学研究表明，盐酸曲马多是一种非吗啡类中枢性强效镇痛药，长期服用可产生耐受性和成瘾性。〔2〕正常人如果每天服用 300 - 400 毫克（6 - 8 片药），一个星期左右就会成瘾。〔3〕也正是因为上述原因，曲马多在 2008 年 1 月 1 日被国家列为管制类精神药品。再次，盐酸曲马多片虽然作为精神药品用于医疗目的，但本案中张某某没有任何销售资质，且将盐酸曲马多片销售给社会上不特定的机构和人群，我们认为，这种脱离了医疗状态的精神药品，更应当是毒品。综上，我们认为曲马多属于“国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品”，可以认定含有曲马多成分的盐酸曲马多属于刑法规定的毒品。

---

〔1〕 刘志民、张开镐：“曲马多的药理学特点及其依赖性调研”，载《药物不良反应杂志》2007 年第 9 卷第 2 期。

〔2〕 王华：“NMDA 受体拮抗剂治疗药物依赖的研究进展”，载《中国药物依赖性杂志》2008 年第 17 期。

〔3〕 杨黎华：“关于当前校园预防滥用成瘾性处方药的研究”，载《学园》2010 年第 23 期。

2. 张某某等人对其实施毒品犯罪主观上是明知的。最高人民法院、最高人民检察院、公安部制定的《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》中规定，走私、贩卖、运输、非法持有毒品主观故意中的“明知”，是指行为人知道或者应当知道所实施的行为是走私、贩卖、运输、非法持有毒品行为。张某某等人根据生产、销售假药的相关人员提供的药品市场的样品（包装及原料），通过网上联系他人等非法途径获取加工生产的药片原料。在加工生产药品前，张某某等人也深入药品市场等地了解药品行业的相关信息及药品加工生产及销售的有关规定。张某某等人在了解有关信息后，在明知药品原料只能由国家审批定点的特定企业才能生产，禁止其他任何个人及企业非法加工生产的情况下，为了牟取非法利益，组织人员通过非法途径购买原料及设备，大量加工、生产、销售。且在他人提供的盐酸曲马多片的样品包装上，明确印有“精神药品”的字样。此外，张某某等人还采用简写、编造收货人的姓名，或简写、改写货物名称，以不让人察觉实际货物的隐蔽方式运输盐酸曲马多。综合以上证据，可以认定张某某等人明知盐酸曲马多属于国家规定管制的精神药品，对于其实施的行为的性质是明知的。

对于张某某是否明知其销售对象购买盐酸曲马多片的目的是什么，或者说张某某是否明知其销售对象是贩毒人员或吸毒人员等与毒品犯罪相关的人员，我们认为不影响其构成贩卖、运输毒品罪。张某某的行为完全符合我国刑法规定的贩卖毒品罪构成要件，本罪侵犯的客体是国家对毒品的管理制度和人民的生命健康，客观方面上表现为行为人进行贩卖、运输毒品的行为，主观方面表现为故意，即明知是毒品而非法销售，或者以贩卖的目的而非法收买毒品的行为，而对是否明知销售对象是吸毒人员则没有进一步的规定。本案中张某某没有任何的精

神药品的销售资质，其销售对象也不是持有医生处方的特定人员，在这种情况下，盐酸曲马多片成为脱离了医疗状态的精神药品，张某某明知盐酸曲马多片是毒品，仍将大量盐酸曲马多片向不特定的社会机构及人员出售，其主观上具有贩毒的故意，且应当明知大量盐酸曲马多片流散到社会严重危及人民的生命健康，符合我国刑法规定的贩卖毒品罪的主观构成要件。因此张某某是否构成贩卖毒品罪与其是否明知销售对象的具体身份没有关联，即使张某某销售给社会上正规的医疗机构或具有销售资质的药店，都不影响其贩卖毒品罪的构成。

3. 张某某等人客观上实施了运输、贩卖盐酸曲马多片的行为，且数量较大。张某某等人先后从南方某省管某某处购买盐酸曲马多药品原料3000余公斤，然后添加其他原料，加工生产成盐酸曲马多片，经包装后销售至多地。

需要说明的是张某某等人收购盐酸曲马多后掺入了淀粉、乳糖、微晶纤维素等辅料，进行物理上的混合，未发生化学反应。因而其行为不是“非法从毒品原植物中提炼毒品，或者用化学合成方法加工、配置毒品的行为”，也不是“以蒸馏等物理方法，精炼、提纯毒品的行为”，不属于最高人民法院《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》中规定的“以改变毒品成分和效用为目的，用混合等物理方法加工、配置毒品的行为”。上述行为未改变曲马多的本质，只是单纯的将毒品掺杂的行为，因此不是制造行为。

4. 张某某等人的行为侵害了国家对毒品的管理制度。如前所述，盐酸曲马多属于新型毒品，而对于运输、贩卖新型毒品是否依法应当一律追究刑事责任，司法实践中存在一定的争议，目前也无针对此问题的司法解释。但最高人民法院研究室在《关于氯胺酮能否认定为毒品问题的答复》中指出：“氯胺酮是

列入《精神药品管制品种目录》的国家进行管制的精神药品，具有一定的精神依赖性潜力，可以认定为《刑法》第357条第1款规定的‘国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的’精神药品。鉴于氯胺酮被列在第二类精神药品管制品种目录中，[1]且实践中临床使用较多，因此，对于明知他人是吸毒人员而多次向其出售，或者贩卖氯胺酮数量较大的行为人，才能依法追究刑事责任。”最高人民检察院法律政策研究室《关于安定注射液是否属于〈刑法〉第三百五十五条规定的精神药品问题的答复》中也明确：“根据《精神药品管理办法》等国家有关规定，‘能够使人形成瘾癖’的精神药品，是指使用后能使人的中枢神经系统兴奋或者一直连续使用能使人产生依赖性的药品。安定注射液属于《刑法》第355条第1款规定的‘国家规定管制的能够使人形成瘾癖的’精神药品。鉴于安定注射液属于《精神药品管理办法》规定的第二类精神药品，医疗实践中使用较多，在处理此类案件时，应当慎重掌握罪与非罪的界限。对于明知他人是吸毒人员而多次向其出售安定注射液，或者贩卖安定注射液数量较大的，可以依法追究行为人的刑事责任。”从两高的答复可见，最高司法机关对于打击新型毒品犯罪的原则是一致的，即应予以打击的新型毒品犯罪行为有两类：一是明知他人是吸毒人员而多次出售；二是贩卖数量较大的。本案张某某等人虽未直接向吸毒人员贩卖，但是其运输、贩卖的盐酸曲马多数量达到3000多公斤，显属数量较大的情形，应当追究其刑事责任。

5. 关于毒品数量的确定。曲马多是一种新型毒品，司法解释尚未有关于其具体的定罪量刑标准。但是2012年颁布实施的

---

〔1〕 按照《精神药品品种名录（2007年版）》“氯胺酮”属于“第一类精神药品”。

《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（三）》第14条规定："本规定中未明确立案追诉标准的毒品，有条件折算为海洛因的，参照有关麻醉药品和精神药品折算标准进行折算。"最高人民法院刑一庭《关于审理若干新型毒品案件定罪量刑的指导意见》中规定：1克海洛因＝10000克氯氮卓；1克海洛因＝10000克地西泮；1克海洛因＝10000克艾西唑仑；1克海洛因＝10000克溴西泮。而上述氯氮卓、地西泮、艾西唑仑、溴西泮均属于《精神药品品种名录（2007年版）》中规定的第二类精神药品。依照上述规定，国家第二类精神药品与海洛因的折算比例可按10000∶1计。因此，我们认为在司法解释尚未有明确折算标准的情况下，司法实践中可按照10000∶1的折算比例，将曲马多折算为海洛因。

四、处理结果〔1〕

2013年，某某市人民检察院以被告人张某某犯贩卖、运输毒品罪向某某市人民法院提起公诉。某某市人民法院作出一审判决，认定被告人张某某犯贩卖、运输毒品罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

〔1〕因涉案被告人人数众多，仅列明对被告人张某某的处理结果。

王某某贩卖毒品案：以贩卖为目的在购买毒品现场被抓获是否认定贩卖毒品罪的未遂

李　芊*

一、基本案情

被告人王某某，男，1980年8月25日出生，汉族，初中文化程度，无业，住重庆市某某区某某镇某号某栋4-11。因犯贩卖毒品罪，于2000年4月被重庆市某某区人民法院判处拘役五个月。

2012年10月24日，被告人王某某电话联系刘某某（另案处理）以3000元人民币的价格购买毒品麻古1000克用于贩卖，并安排他人代为向刘某某支付了毒资。当日19时许，刘某某安排田某某（另案处理）驾驶牌照为某某的轿车运输王某某联系购买的毒品麻古来到重庆市某某区某某镇某站附近准备交给王某某。随后，王某某在该车内准备从田某某处接收毒品时被公安机关抓获。公安民警当场从田某某处查获毒品麻古89克；从王某某身上查获准备贩卖给马某某的毒品冰毒98.46克、毒品麻古0.48克，另从王某某位于重庆市某某区某号某栋4-11的

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

租赁屋中查获毒品麻古14克。经鉴定：上述毒品麻古中检出甲基苯丙胺和咖啡因成分，毒品冰毒中检测出甲基苯丙胺成分。

二、争议焦点

王某某以贩卖为目的购买毒品，其行为构成了贩卖毒品罪，但王某某在购买毒品时被公安机关查获，所购买的毒品尚在毒品卖家手中未实际发生转移，对王某某行为的定性产生了争议：

第一种观点认为，本案中，王某某事先与刘某某约定好了购买毒品的数量、价格，并支付了毒资，后来，刘某某安排田某某前去向王某某交付毒品，双方在约定好的交易地点会面，当王某某正准备接受毒品的时候，两人被公安机关抓获。从贩卖毒品的行为特征来看，贩卖毒品属于行为犯。所以，只要行为人实施了贩卖毒品的行为，使毒品具有流转的现实紧迫性，那么行为人就构成贩卖毒品罪的既遂。至于行为人是否将毒品成功卖出，或者是否实际转移毒品，不影响本罪既遂的成立。

第二种观点认为，王某某已经与毒品上家协商一致，达成毒品交易共识，并已经支付了毒资，也与交付毒品的田某某在交易地点碰面，并准备完成毒品交易，即王某某为了贩卖毒品而购买毒品的行为已经进入毒品交易环节，所以，对于王某某的行为应定性为贩卖毒品罪的既遂。

第三种观点认为，王某某以贩卖为目的购买毒品，但在进行毒品交易时被公安机关抓获，其准备购买的毒品尚未转移至王某某手中。王某某因为意志以外的原因未能、无法实际购买到毒品，所以，对于王某某的行为应定性为贩卖毒品罪的未遂。

第四种观点认为，贩卖毒品罪中的“贩卖”分为两部分，一是将毒品买进来，二是将买进来的毒品卖出去。这两个行为是一个整体，只要有一部分因行为人意志以外的原因没有实施

完毕，则行为人就只能构成贩卖毒品罪的未遂。结合到本案，王某某在购买毒品的过程中被公安机关抓获，导致其购买行为没有完成，所以，对于王某某的行为应定性为贩卖毒品罪的未遂。

三、观点透析

我国刑法规定的贩卖毒品罪是指行为人明知自己贩卖的是毒品，但决意实施的行为。贩卖毒品罪在客观上有两种表现：第一，非法出售毒品的行为；第二，为了贩卖毒品而购买毒品。这两种行为在何种情况下构成贩卖毒品罪的既遂，何种情况下构成未遂，实际上是采用同种标准的，所以，这两种行为具有质的统一性。在此，需要讨论的一个问题是贩卖毒品罪中的“贩卖”的概念，对“贩卖”这一概念的不同理解，是判断贩卖毒品罪成立既遂、未遂问题的一个关键因素。

（一）贩卖毒品罪中“贩卖”的概念

对于贩卖毒品罪中的“贩卖”，司法实践中存在分歧：第一种观点认为，贩卖毒品罪中的“贩卖”是指行为人实施“非法倒卖毒品与出售自制毒品”〔1〕，非法倒卖毒品是指以较低的价格买进毒品，再以较高的价格出售毒品。第二种观点认为，贩卖毒品是指非法的有偿转让毒品，包括“买卖、交换、批发、零售”〔2〕。第三种观点认为，贩卖毒品是指非法有偿转让毒品与为了出售毒品而购买毒品。单就“贩卖”一词而言，是指买进后再卖出，但是，如果机械地将“贩卖”一词理解为买进后

〔1〕 戴有举：“如何理解贩卖毒品罪中的‘贩卖’”，载《人民检察》2006年第3期。

〔2〕 戴有举：“如何理解贩卖毒品罪中的‘贩卖’”，载《人民检察》2006年第3期。

再卖出，就会使自制毒品后再出售毒品的行为以及其它单纯销售毒品的行为，无法受到刑法的规制，这不仅不利于打击犯罪，也有害于刑法法益的保护。所以，关于"贩卖"的理解，笔者支持第三种观点，对"贩卖"一词做适当的扩大解释，这种解释也与贩卖毒品罪的客观表现呈现出一致性，说明了对"贩卖"的此种理解是正确的、恰当的。

（二）贩卖毒品罪既未遂认定理论

《刑法》第23条规定："已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。"在这一概念的基础上，刑法理论界对贩卖毒品罪既遂、未遂的认定存在着不同的主张，主要为"转移说"、"契约说"、"交易说"和"实际控制说"。

"转移说"是以毒品是否实际转移作为判断既遂与未遂的标准。该观点实际与"实际控制说"即行为人是否对毒品形成实际的控制为标准判断贩卖毒品罪的既遂与未遂，有着相似之处。这两种观点都要求毒品在交易过程中要发生转移，不同之处在于购买者对毒品的控制力程度不同。然而，由于贩卖毒品罪是一种十分严重的犯罪，它是一种抽象危险犯，一旦毒品发生非法移转，就会给社会产生危害，所以，刑法必须提前介入，而不能等待毒品发生转移，所以，上述两种观点都是不可取的。

"契约说"[1]是贩卖毒品的买卖双方意思达成一致，即双方达成契约时为判断贩卖毒品罪的既遂与未遂的标准。该观点认为，贩卖毒品罪的既遂只要求行为人双方达成合意，而不要求毒品的转移与毒资的交付。笔者认为，该观点将刑法介入的时间过于提前，不具有合理性。

---

〔1〕于志刚：《毒品犯罪及相关犯罪认定处理》，中国方正出版社1999年版，第130页。

“交易说”认为贩卖毒品罪的既未遂，应以毒品是否进入交易环节为标准。“至于行为人是否已将毒品出售获利，或是否已经交付，不影响贩卖毒品罪既遂的成立”〔1〕。笔者支持这种观点，因为该观点使刑法既没有过早地介入贩卖毒品罪也没有过迟地介入贩卖毒品罪，而是使刑法在正确的时间介入了此类犯罪，能够使犯罪嫌疑人甘心伏法的同时，有力地保护了相关法益，具有良好的社会效果。虽然，在司法实践中，对于贩卖毒品罪既遂、未遂的区分，司法机关掌握的标准并不统一。但2008年9月23日至24日最高人民法院在大连市召开的全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会，最高人民法院副院长张军在座谈会上的讲话（以下简称讲话）支持了“交易说”，其内容为：“……毒品交易双方约定交易地点后尚未见面，在路途中被抓获的，对于卖方，因为他是为卖而买的毒品，仍应认定为犯罪既遂。对于买方，因为尚未与卖方进行实际交易，应认定为犯罪未遂。”该“讲话”的内容实际上就是以毒品是否进入交易环节作为认定贩卖毒品罪既未遂的标准，而不是以是否交易成功、毒品是否实际转移为标准。笔者认为，该“讲话”的内容是恰当、合理的，既然该“讲话”在实践中对各级法院审理毒品犯罪案件的既未遂具有普遍指导性作用，此外，它又符合常识、常情、常理，据此，可以将毒品进入交易环节成立贩卖毒品罪既遂这一结论确立为各机关处理此类案件的统一标准。

（三）王某某应构成贩卖毒品罪的既遂

回到本案，第一种观点认为，王某某的行为构成贩卖毒品罪的既遂。其理由为贩卖毒品罪是行为犯，只要行为人实施了贩卖毒品罪中的出售毒品或者为了贩卖毒品而购买毒品两种行

〔1〕 李跃华、刘红丽：“贩卖毒品罪既未遂研究”，载《法学研究》2013年第9期。

为中的一种，那么行为人就构成贩卖毒品罪的既遂。该观点的理论基础是正确的，但是，它并没有真正解决本案中出现的情况，即王某某为了贩卖毒品而向刘某某购买毒品，当王某某准备接收毒品时，被公安机关抓获，此时，王某某购买毒品但并没有实际拿到毒品，王某某的行为是否算着手，换句话说，王某某的行为是否具有法益侵害的现实性与紧迫性，行为犯的标准是否已经达到。所以，尽管第一种观点得出了王某某构成贩卖毒品罪的既遂，但是，依据是禁不住推敲的。

本案的第三种观点实际上采纳的是“实际控制说”，王某某为贩卖毒品而购买毒品，但事实上没有控制毒品，据此，得出王某某构成贩卖毒品罪的未遂，笔者认为是不正确的。“实际控制说”的观点延迟了刑法介入此类犯罪的时间，不利于打击犯罪，毒品犯罪具有特殊性，如果都要求行为人实际控制毒品，才认定行为人构成贩卖毒品罪的既遂，那么，控制下交付将处于相当尴尬的境地。此外，司法实践中，行为人在毒品交易完成后才被公安机关抓获的情况相当少，采用“实际控制说”是不符合实际情况的。

本案的第四种观点实际上涉及的是对于贩卖毒品罪“贩卖”一词的理解。单从“贩卖”一词词语本身的含义来理解，将“贩卖”认定为买进来后卖出去，“买”和“卖”这两个行为确实是一个具有关联性的整体，只要有一个行为因为行为人意志以外的原因没有完成，那么行为人的行为就没有达到既遂，而属于未遂。笔者认为，上述这种理解只是属于日常生活中对“贩卖”的一般认识，不属于刑法中关于“贩卖”的认定。由于贩卖毒品罪是一种严重的毒品犯罪，侦查机关、检察机关、审判机关在日积夜累的办理毒品案件的工作中，逐渐认识到贩卖毒品的案件中，行为人的行为其实是存在两种类型的：第一，

行为人出售毒品，包括毒品是自制的或者以其他不属于购买的方式获得的毒品；第二，行为人为了贩卖毒品而向毒品上家购买毒品。为了有力地打击毒品犯罪，使毒品不具有流转的社会危害性，刑法应当对这两种行为都进行打击，而不是等待毒品交易发生流转的紧迫的社会危害性。

基于对上述三种观点的批判可知，笔者赞同的是本案的第二种观点，换句话说，笔者支持“交易说”——只要毒品进入交易环节，毒品具有发生转移的紧迫的现实危害性，那么行为人的行为就属于贩卖毒品罪的既遂。

首先，从贩卖毒品行为的行为特征来看，贩卖毒品不仅指非法的有偿转让毒品的行为，也包括以贩卖为目的而非法收购毒品的行为，即只要是以贩卖为目的实施了购买毒品的行为就构成了贩卖毒品罪。而如何认定购买行为是否既遂，笔者认为可以参照单一有偿转让毒品行为的既遂、未遂标准。比如行为人将制造的毒品用于贩卖，正在贩卖时被抓获，对于该种情况，司法实践中将其认定为制造、贩卖毒品罪既遂，而且这种认定并没有引起争议，可以知道的是，这里采用的仍然是“交易环节说”的观点而不是“转移说”的观点。既然贩卖毒品现场被抓获的毒品卖家被认定为贩卖毒品罪的既遂，那么对于以贩卖为目的、在购买毒品的现场被抓获的毒品买家来说，购买行为同样也应当视为行为已经完成，因为毒品买家换一个交易环境就是毒品卖家，他购买毒品的行为已经具有使毒品进入流通环节的现实危害性，所以，应当将其认定为贩卖毒品罪的既遂。

其次，如果要按照毒品是否实际转移来判断贩卖毒品罪的既遂、未遂，司法实践中的大部分毒品犯罪均无法以既遂来打击。在实践中，毒品交易完成、毒品成功转让后被抓获的情形实属少数，被抓获的大多数毒品犯罪分子均停顿在购买了毒品

尚未卖出的阶段，或者正在进行毒品交易时被查获的场合，“实际控制说”的标准显然太过严苛，而“契约说”的标准又过于宽泛，均不利于打击毒品犯罪。如果采用上述两种标准，那么从毒贩家中搜出来的尚未卖出的毒品数量均要以未遂来认定，这显然与司法实践不相符。

最后，贩卖毒品的中心环节就是交易，以毒品实际被带入交易环节为认定贩卖毒品罪既遂、未遂的标准，既符合行为犯的构成特征，符合抽象危险犯的特征，又体现了毒品交易的特殊性。

（四）本案法院的实际处理结果

重庆市人民检察院第一分院以王某某贩卖毒品罪提起公诉，重庆市第一中级人民法院审理后，判决认定王某某构成贩卖毒品罪，同时认定王某某从刘某某处购买的89克毒品麻古的犯罪形态为未遂，判处王某某无期徒刑。

重庆市人民检察院第一分院收到判决后审查认为：本案中王某某已经实际支付了毒资，毒品卖家也已经携带毒品到达约定的交易地点，与王某某开始进行毒品交易，双方已经进入了毒品交易的环节，毒品具有进入社会流转的社会危害性，应当认定王某某构成贩卖毒品罪的既遂，但考虑到本案的量刑恰当，遂并未提出抗诉。

需要特别说明的是，目前重庆法院对于行为人以贩卖为目的在购买毒品交易现场被抓获，认定贩卖毒品罪的既遂与未遂的审判标准并不统一。在上述王某某贩卖毒品一案中，重庆市第一中级人民法院以王某某在交易过程中尚未实际购买到毒品为由认定其系贩卖毒品的未遂。然而，在喻某某贩卖毒品案中，喻某某以贩卖为目的向易某某购买毒品，双方正在交易时被公安机关抓获，毒品尚在易某某处而未转移至喻某某处，该案经

重庆市第五中级人民法院、重庆市高级人民法院二审终审，判决认定喻某某构成贩卖毒品罪的既遂。

《刑法》第347条第1款规定："走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。"由此可见，毒品犯罪是一种严重的犯罪，需要刑法严厉打击。在实践中，尤为多发的是贩卖毒品罪，其社会危害性非常大。正确处理贩卖毒品案件显得尤为重要。笔者认为，审判机关应当根据毒品犯罪案件的实际情况，应采用"交易环节说"对贩卖毒品的案件作出统一判决，而不是像现在这样，同案不同判，这有损于法制的统一性与法律的权威性，同时，也不利于打击这种严重的犯罪。司法机关应当致力于解决这种同案不同判的司法混乱局面，为树立法律的权威性作出应有的贡献。

杨某、罗某聚众斗殴致人死亡案：聚众斗殴转化定罪依据·刑法因果关系中的介入因素

张海军*

一、基本案情

2014年1月4日22时许，杨某、罗某、黄某等人前往重庆市某区酒水吧玩耍，杨某等在喝酒娱乐过程中，与同在该酒水吧玩耍的苏某、易某等人发生口角争执。随后，双方拿起酒吧内的啤酒瓶、凳子相互殴打对方。在这个过程中，杨某与易某扭打在地，罗某上前帮忙按住易某，杨某乘机持破碎的啤酒瓶刺中易某大腿。易某被送到重庆市某区医院救治，2013年1月5日凌晨3时30分，易某因抢救无效死亡。经鉴定，易某系右大腿损伤致肌肉断裂和旋股内侧动脉离断，失血性休克死亡。经鉴定，救治易某的重庆市某区医院在对易某的诊疗过程中存在医疗过错，该医疗过错与易某的死亡之间存在因果关系，起主要作用，该医疗过程在易某的死亡中的参与度为70%～80%。

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

二、争议焦点

（一）杨某、罗某致易某死亡的行为导致转化定罪，转化的主体如何确定

围绕该问题，全案存在三种分歧意见：

一种意见认为应全案另定它罪，凡是参加聚众斗殴的人员，不论其行为是否直接造成重伤、死亡结果，均应对聚众斗殴造成的重伤、死亡结果承担刑事责任，因聚众斗殴造成重伤、死亡结果的，全案应定故意伤害、故意杀人罪。理由是如果仅将直接实施伤害、杀人的犯罪成员以转化对待，而对其他共同犯罪人仍然以聚众斗殴罪处罚，无异于承认行为人具有不同的犯罪故意，并进而否认了聚众斗殴的共同犯罪性质。所以，无论是根据立法意图还是根据法理，都应当将全体共同犯罪人均以故意伤害、故意杀人罪进行处罚。

另一种意见认为，只有实施加害行为一方的所有成员需要转化定罪，即本案中，杨某一方所有成员需要转化定罪，而受害方的苏某等不需转化定罪，即按聚众斗殴罪处理即可。

第三种意见认为，只有直接致人重伤、死亡的人定故意伤害或故意杀人。在聚众斗殴中，杨某、罗某实施了超出全体成员故意范围的犯罪行为，致人重伤、死亡的，应坚持罪责自负原则，由杨某、罗某共同承担致易某死亡的刑事责任，即仅将杨某、罗某转化定罪。

（二）黄某、罗某的罪名如何确定

一种意见认为，按照结果定罪的“客观归罪论”，即凡是聚众斗殴致人重伤的就按照《刑法》第 234 条规定的故意伤害罪定罪处罚；凡是死亡的就按照《刑法》第 232 条规定的故意杀人罪定罪处罚。

另一种意见认为，应根据《刑法》第234条、第232条规定严格按照故意伤害罪、故意杀人罪的通行观点进行评判，即按照行为人的具体罪过形态具体确定行为人应当承担的罪名。

（三）医疗过错的介入是否中断原行为与后结果的因果关系

一种意见认为，一般情况下，易某如果能得到合理的救治，就不会发生死亡的结果，而死亡结果的发生，是医院的救治失误所致，因此，杨某、罗某不应当对易某的死亡承担责任。

另一种意见认为，易某的大腿上的伤系杨某、罗某所致，易某被送至医院是为了阻止死亡结果的发生，虽然易某因医院救治不当死亡，但没有杨某、罗某的伤害行为，就不会发生阻止易某死亡的救治行为，因此，本案的医疗过错不能阻断因果联系，杨某、罗某应当为致易某死亡的行为负责任。

三、观点透析

《刑法》第292条第2款规定“聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪处罚”，该规定是处理在聚众斗殴案件中出现严重情形时的法律依据。然而，在聚众斗殴致人重伤、死亡时，如何适用法律的问题，即是否全案都另定它罪；需另定它罪时，罪名又如何确定，是此类案件的两大争议焦点。此外，案件因医疗过错的介入，是否导致刑法因果关系中断，也会使案件出现争议。本文在厘清相关刑法理论的基础上，对争议的焦点进行具体评判。虽然个案研究不具有普遍性，但可以为聚众斗殴罪的理解与法律适用提供一种思路。

（一）杨某、罗某致易某死亡的行为导致全案转化定罪，转化的主体如何确定

实际上，本案存在的三种分歧意见是长期以来理论界对该

问题分歧的延续。第一种观点为“全案转化说”、第二种观点为“致害方单方转化说”、第三种观点为“部分转化说”。三种学说从不同层面对转化主体予以探讨，深化了我们对聚众斗殴犯罪行为的认识，但具体到个案中，还得坚持具体问题具体分析的法治的严谨精神。

第一种观点认为杨某、罗某致易某死亡的行为应导致全案转化，该观点片面强调了行为的社会危害性，忽视了罪刑法定主义的要求，而“无异于承认行为人具有不同犯罪故意”的理由，不仅违背共同犯罪的一般原理，而且违背了主客观相一致、罪责自负的刑法基本原理，也与转化定罪的内涵不符，而本案第二种观点的缺陷也在于此。

第三种认为本案只有杨某、罗某的行为需要转化定罪的观点，考虑了刑法共同犯罪的一般原理，较好地体现了罪责自负原则，且符合我国刑法的主客观相一致的基本原则。笔者基本上支持该观点，具体到本案，笔者认为还须考虑聚众斗殴犯罪的本质特征，再结合转化犯主客观构成条件加以合理确定：

首先，本案杨某等人与苏某等在公众酒吧内相互斗殴。在斗殴过程中，当受害人将杨某压倒在地时，罗某拉开受害人并抱住受害人，杨某则从地上捡起破碎的啤酒瓶猛刺被害人大腿，而罗某明知杨某捡起啤酒瓶捅刺仍抱住受害人，致使受害人大腿内侧静脉离断。从捅刺部位和伤情来看，此时杨某、罗某具有故意伤害的犯罪故意，即杨某、罗某的犯罪故意此时已经发生转化。二人的行为导致受害人最终死亡。

其次，我国刑法规定的聚众型犯罪，大致分为两种，一为必要共同犯罪的聚众犯罪，其本质在于刑法规定首要分子和积极参加者都构成犯罪；二为任意共同犯罪，这类犯罪不以构成共同犯罪为必要条件。而《刑法》292 条所规定，显属必要共

同犯罪。本案中，参与斗殴的杨某等人具有聚众斗殴的共同故意，在斗殴过程中，只有杨某、罗某的犯罪故意发生了转化，而黄某等人仍然在斗殴故意支配下实施斗殴行为，当然不应承担转化犯的刑事责任。

综上所述，本案杨某、罗某在行为过程中，因犯罪故意内容发生转化，并在该故意内容的支配下实施了伤害行为，所以二人应转化定罪。而本案的黄某等其他人的犯意没有发生变化，因此，对他们行为的定性无需变化。笔者认为采取上述做法更能体现罪责刑相适应及罪刑法定等基本原则。

（二）杨某、罗某的罪名如何确定

按照我国《刑法》第 292 条第 2 款规定“聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪处罚”。此规定是确定杨某、罗某罪名的法律根据。但是，缘于对该法条的理解不同，使本案产生出两种截然不同的适用意见，而不同意见则反映出了对此规定的性质之争。

关于此款规定的性质，理论界有不同观点，有意见认为此款是转化犯〔1〕立法的典型。转化犯实质是为了解决罪数的问题，按照转化犯理论，杨某、罗某在实施聚众斗殴活动中，先有了斗殴的故意，后来又有了重伤害故意，并在此故意内容的支配下，实施了捅刺易某大腿的行为。即杨某、罗某实际上是两种故意两种行为，应构成数罪，而不是一罪，但是按照法定的一罪或者处断的一罪将杨某、罗某的行为按照较重的犯罪论处。基于此种考虑，在论述聚众斗殴转化定罪的条件时，学者提出了“客观条件说”、“主观条件说”、“主客观条件共同说”。“客观条件说”实际上是不考虑主观故意内容的转化，而把客观

〔1〕肖中华：“论转化犯”，载《浙江社会科学》2000 年第 3 期。

条件的变化视为转化定罪的原因。“主观条件说”认为对行为人转化定罪的原因在于行为人主观故意的转化，与“客观条件说”的观点相对立。“主客观条件共同说”本质上是前述两种学说的结合，不但主观故意内容有所变化，并在此主观故意内容的支配下引起了客观行为的转化，转化后的行为符合转化罪的犯罪构成要件，于是转化定罪。然而“主客观条件共同说”试图在坚持主客观相统一的原则下阐释此款转化定罪的理论基础，但仍未能完全涵盖在聚众斗殴过程中致人重伤、死亡而定故意伤害、故意杀人罪的现象，无法对聚众斗殴过程中，过失情况下导致的重伤、死亡之结果如何处理作出合理解释。

也有意见认为聚众斗殴转化定罪的规定属于注意规定〔1〕。例如江苏省高级人民法院刑事审判庭关于聚众斗殴刑事案件适用法律问题专题研讨中关于此款性质的讨论结果认为此款属于注意规定而非法律拟制。认为聚众斗殴的主观方面本来就可以包含致人伤亡的故意，聚众斗殴的行为本来就可以包含致人伤亡的行为，因而，法律规定聚众斗殴转化定罪的原因在于聚众斗殴行为人主观具有伤害、杀人的故意，客观上具有致人重伤、死亡的行为，因此，是主观方面与客观方面自然而然结合而构成故意伤害罪、故意杀人罪，而并非法律将原本不符合故意伤害罪、故意杀人罪的行为拟制为故意伤害罪、故意杀人罪，因此，此款规定的作用在于提示司法工作人员如何正确处理聚众斗殴致人重伤、死亡的情形。

还有意见认为此款规定应属法律拟制〔2〕。行为人在斗殴过程中并没有杀人的故意，但客观上造成重伤、死亡的，致人

〔1〕 卢有学，桑骊：“聚众斗殴转化定罪新探”，载《学术论坛》2009 年第 10 期。

〔2〕 张明楷：《刑法学》（第 3 版），法律出版社 2005 年版，第 768 页。

重伤的，应认定为故意伤害罪，致人死亡的，应认定为故意杀人罪。笔者认为，该观点忽视了重伤、死亡结果出现的具体情况，将导致重伤、死亡结果的行为人主观过错限定为间接故意，忽视了聚众斗殴者在行为过程中主观罪过临时转化为重伤害、杀人的可能性，最终导致与刑法的罪责刑相适应、主客观相统一的基本原则不相符的情况。

综合上述观点，持转化犯理论的意见中多数赞同“主客观共同条件说”，而该说在本质上与注意规定说的罪名认定与适用后果一致。注意规定的本质并没有改变相关规定的内容，不会使不符合基本规定内容的行为也按照基本规定处理，这是与法律拟制最具区别的地方。

本文认为，以区分故意伤害罪与故意杀人罪的刑法理论来确定相应罪名的观点，克服了单纯以结果定罪的弊端，这种以行为人具体过错形态来确定其应承担的罪名，一定程度上坚持了主客观相统一的基本刑法原则，具体问题具体分析，更具有可取性。

具体到本案，在斗殴过程中，杨某在罗某将被害人抱住的时候，从地上捡起破碎的啤酒片刺杨某大腿，而罗某在杨某捡起破碎的啤酒瓶片到刺中被害人大腿过程中，未及时放开被害人，且未对杨某的捅刺行为加以阻止，最终导致被害人重伤以致最后死亡结果出现。从伤情来看，致命伤发生在被害人大腿部位，捅刺行为使被害人右大腿损伤致肌肉断裂和旋股内侧动脉离段，失血性休克死亡。从致命伤发生的部位、损伤程度看，行为人具有重伤害的故意。所以，杨某、罗某行为时，主观过错形态发生了质的转化，即由聚众斗殴故意转化为重伤害故意并支配其捅刺行为。

因此，根据刑法主客观相统一原则以及罪责刑相适应原则，

杨某、罗某行为构成故意伤害罪。

（四）医疗过错的介入是否中断原行为与后结果的因果关系

本案中，在杨某与罗某捅刺易某大腿的原行为，与易某因右大腿损伤致肌肉断裂和旋股内侧动脉离断，失血性休克死亡的最后结果之间，介入了医疗过错这一因素，导致原来的因果联系的方向发生了不同程度的变化。这时，能否认为杨某、罗某的危害行为仍是最后危害后果产生的原因，介入的医疗过错因素的存在能否中断前行为与后结果之间的因果关系，是本案的焦点之一。

对于这个问题，刑法学界主张“条件说”的学者中，曾提出各种各样的“中断”理论。归纳起来，主要是从三个方面来讨论中断问题的：第一，介入因素是否能为大众所能预见为标准进行判定，即能被一般社会大众所预见则不能中断，难为一般社会大众所预见则中断；第二，以介入因素是否独立进行判定，能独立于前一行为的则可以中断因果关系，不能独立于前一行为的则不能中断因果关系；第三，介入后，能否公正地让行为人对结果承担刑事责任进行判定，即在一定程度上根据追究刑事责任的必要性来进行判定。

《犯罪通论》认为介入因素符合三个条件时，可以中断原来的因果关系：一是必须介入了另一个原因，即该原因确实存在于危害结果质的统一性，本身包含结果发生的实在可能性；二是介入因素必须是异常的；第三是介入因素必须合规律地引起了危害结果的发生。这一标准可概括为两个条件：一是介入行为必须对最后结果起决定性作用，二是该介入因素必须是异常的，通常情况下不会出现。

关于中断问题所出现的各种观点，足见介入因素情况解决的复杂性。

本案中，杨某、罗某捅刺易某的原行为与易某死亡的最后后果之间，介入了医疗过错因素。此时判定前行为与后结果之间的实际联系情况，应当从事实因果关系和法律因果关系两个层面进行判定。

第一，杨某、罗某的捅刺行为与易某的死亡存在事实因果关系。具体而言，医疗过错的介入因素具有一定的独立性，非原行为所决定、支配。同时，介入后，也并未完全切断原行为对后结果的原因力，前行为仍然是后结果产生的必要条件。

第二，杨某、罗某的捅刺行为与易某的死亡存在法律上的因果关系。杨某、罗某实施捅刺行为本身具有足以造成易某非死即伤的后果，送至医院施救是阻止危害结果发生的积极的措施。但是出现医疗过错这一介入因素对这种积极阻止措施起了妨碍作用，因而导致本可避免的结果没有避免。积极引起结果发生的原因仍然是由杨某、罗某造成的，医疗过错并不能中断原因行为与最后危害结果之间的联系。

综上所述，杨某、罗某捅刺易某右大腿的原因行为与易某最后死亡的后果之间，不因医疗事故的介入而中断。

赵某窝藏案：窝藏罪中“亲亲相隐”的处理问题

卓力多*

一、基本案情

被告人赵某（女）与王某某系多年男女朋友关系，王某某经常在赵某位于重庆市某区某小区的家中居住。

2012年6月6日23时许，王某某驾驶一辆黑色桑塔纳轿车在某区陈家桥附近一间租赁房外，遇公安人员例行盘查，因王某某随身携带有毒品，遂驾车冲岗逃跑。王某某在逃跑过程中，受到民警阻拦，王某某将其中一名民警拖行200多米，造成其全身多处受伤后逃走。王某某事后明确告知赵某自己为了逃脱公安机关抓捕而将民警拖伤，并让赵某将自己悄悄接回赵某位于某区某小区的家中躲藏。王某某在赵某家中藏匿了一个多月，期间还让赵某四处打探与案件相关的情况。2012年7月13日，公安机关在赵某的住处将赵某、王某某捉获。

* 重庆市人民检察院第一分院公诉二处。

二、争议焦点

第一种意见：赵某的行为构成窝藏罪。赵某与王某某二人关系虽然较特殊，但并非夫妻关系，仅仅为男女朋友。赵某位于某区某小区的住所不能当然的认定为王某某的固定住所。赵某明知王某某是公安机关抓捕的犯罪嫌疑人仍为其提供住所让其藏匿长达一个多月，期间还帮助王某某与相关人员联系，打探案件相关情况。赵某的行为使司法机关难以发现王某某，给抓捕工作造成严重障碍，其行为侵害了国家司法机关正常的刑事诉讼活动。

第二种意见：赵某的行为不构成窝藏罪。赵某明知其男友王某某拖伤警察后，仍容留王某某在自己家中，并有为王某某打探消息的行为，其行为属于窝藏行为。但是鉴于赵某与王某某特殊的关系，容留王某某的场所系二人平时同居的经常居住地，赵某为王某某打探案件情况的行为亦未对王某某逃脱抓捕起到实质性的帮助作用。综合全案情节，可认为赵某的窝藏行为显著轻微，不宜认定为犯罪。

三、观点透析

笔者赞同第二种意见。

《中华人民共和国刑法》第310条规定：明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的。处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。

犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处。

本条规定的犯罪是故意犯罪。“明知是犯罪的人”是本罪构成的主观要件。“明知是犯罪的人”，是指行为人已知道被包庇

的人犯有罪行。所以这里的“明知”应包括“应当知道”的含义。本条规定了帮助犯罪人逃避法律追究的两种行为：一是为犯罪人提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿。这是指将自己的住处、管理的房屋提供给犯罪人或者给予犯罪人钱、物，包括食品、衣被等，帮助犯罪人隐藏或者逃跑，逃避法律追究。二是作假证明包庇犯罪的人。这是指向司法机关提供假的证明来帮助犯罪分子逃避法律追究。如作假证明表示犯罪人不在犯罪现场等。上述两种犯罪行为，只要实施行为之一，就构成本条规定的犯罪。

本案中，赵某将明知是正在被公安机关抓捕的犯罪嫌疑人王某某容留在自己家中，并为其打探消息，该行为属窝藏行为这一点两种意见的看法一致，两种意见的争议点在于赵某的窝藏行为是否能够认定为刑法第 131 条所规定的窝藏罪，笔者认为赵某的行为不构成窝藏罪，原因主要有以下几点：

1. 赵某与王某某虽非法律意义上的亲属关系，二人同居的某区某小区也不为王某某的法定、固定住所。但二人系多年的男女朋友，感情深厚，王某某经常在赵某家中居住，对该住所可认定为王某某的经常居住地之一。而王某某在实施为司法机关追诉的犯罪行为之前就已经居住在该居所，一般情况下，司法机关在决定抓捕犯罪嫌疑人的情况下，很自然、很容易就能想到其可能藏身于犯罪前就已存在的居住地。如果赵某将王某某隐匿于他们共同居所之外的其他地方将会给抓捕工作带来严重障碍，严重侵害国家司法机关正常的刑事诉讼活动。相较而言，赵某将其容留于平日二人共同居住的居所并不会给抓捕工作带来很大的障碍，其藏匿行为侵扰司法机关正常的刑事诉讼活动尚未达到应负刑事责任的程度。

2. 赵某帮助王某某打探案件情况、联系相关人员的行为虽

然在一定程度上可能会给司法机关的抓捕工作造成障碍，在一定程度上侵害了国家司法机关正常的刑事诉讼活动，但是赵某为王某某打探案件情况、联系相关人员的行为并未对王某某逃脱抓捕起到实质性的帮助作用，其窝藏行为并未达到可追究刑事责任的程度。

3. 本案中，基于赵某与王某某的特殊关系而对赵某的行为不上升到以刑法评价，符合我国建立和谐社会、宽严相济的刑事政策。我国历来对“亲亲相隐”行为不作为犯罪处理或者免除处罚。但是，新中国成立后，由于敌对形势严峻，法律的价值取向更注重维护秩序，这导致了我国刑事政策“重打击，轻保护”。因而“亲亲相隐”行为亦受到法律的制裁。尽管这更有利于打击犯罪，但是此现象与我国传统文化的人道精神背道而驰，同时也违反了基本的人伦道德，导致家庭失和，在一定程度上影响了社会和谐。在国外“亲亲相隐”免除处罚是普遍现象。大陆法系一般由实体法规定对此免除处罚。如我国台湾地区修正的《刑法典》第167条规定“配偶、五亲等内之姻亲图利犯人或依法逮捕拘禁之脱逃人，而犯第一百六十四条或者第一百六十五条之罪者，减轻或免除其处罚。”《日本刑法典》第105条规定“犯人或者脱逃人的家属，为了犯人或者脱逃人的利益而犯前两条之罪的，可以免除处罚。”〔1〕2003年修订的《瑞士联邦刑法典》第305条第2款规定“行为人与被庇护人关系密切，以至于其行为可以原谅的，法官可免除处罚”。〔2〕英美法系除有相关的实体法规定“亲亲相隐”免责外，更注重从程序上对此进行保护。如英国早在1898年《英国刑事证据法》中

---

〔1〕《日本刑法典》(第2版)，张明楷译，法律出版社2006年版，第42页。

〔2〕《瑞士联邦法典》，徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004年版，第94页。

明确规定了配偶的作证豁免权。美国诉讼法中也有类似的明确规定，夫妻之间享有证言豁免权，允许夫妻在诉讼过程中拒绝透露和制止他人透露只有夫妻之间知道的情报和信息。〔1〕俄罗斯也在新修订的《俄罗斯联邦刑法典》第316条第2款规定“事先没有许诺而包庇犯罪的配偶或近亲属的，不承当刑事责任。”〔2〕

我们能够看到，亲属之间的包庇类犯罪的行为人主观方面面临着情与法的碰撞。一方面是保护亲属的人性要求，另一方面则是可能面临的法律制裁。行为人面临这种情况，内心往往是矛盾纠结的。在这种情与法的斗争中如果感情、人性占了上风，行为人就可能因此而触犯了法律，因而招致法律制裁。正是在这一点上，亲属之间的包庇类犯罪的主观方面不同于其他的包庇类犯罪，同时也为对亲属间包庇类犯罪进行减免刑罚提供了可能。虽然亲属间包庇类犯罪所包含的罪行种类较多，但它们之间却有着一个相同的特点：亲缘性。亲缘性是亲属间包庇类犯罪的本质属性，是针对亲属间包庇类犯罪的主体与包庇对象之间的关系而言的。亲属间包庇类犯罪中的行为人所包庇、隐匿的对象与行为人存在亲缘关系。正是这种亲缘关系，使亲属间的包庇犯罪不同于其他类型的包庇犯罪。〔3〕

我国在2012年新修改的《刑事诉讼法》第188条中规定，“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”该条

〔1〕范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版，第85页。

〔2〕赵微：《俄罗斯刑法》，法律出版社2003年版，第421页。

〔3〕谢鑫：“亲属间包庇犯罪的刑事立法完善——以‘亲亲相隐’制度为视角”，吉林大学2008年硕士学位论文。

规定第一次以国家法律的形式明确了在一般刑事案件中，近亲属有权拒绝作证，这充分体现了一直以来争议颇大的亲亲相隐制度。现代西方法治认为，亲属作证作为一种特例规定，即作证是一种权利而不是义务，对“大义灭亲”行为不提倡也不惩罚。古今中外之所以都选择了“亲亲相隐”或容隐，是因为在任何社会，亲情都是社会的基石，允许“亲亲相隐”可能会对受害人造成不公，对司法部门查案和审判造成不便，但是，缺乏人情的法律，却会破坏道德伦常，亲情沦丧会起到更大的负面作用。[1] 尽管目前我国只在刑事诉讼法中引入了亲亲相隐制度的精神，但是从中可以看出我国刑事法律的走向：逐渐考虑人之本能与人性的弱点。虽然在刑法典中并没有相关制度的制定，但是，在处理亲属间的包庇类犯罪时我们不能不将之与普通的包庇类犯罪区别对待。

刑法，由其性质及手段决定其只能是其他法律的保障法，在一切非刑罚手段可以控制违法行为时，就不应当以刑法作为其反应方式。在整个国内法律体系中，刑法以外的其他部门法，是控制社会的第一道防线，统治阶级把绝大部分危害社会的行为，作为民事、经济、行政违法行为予以制裁，只有当行为达到相当严重的社会危害性程度、采用其他部门法手段难以充分保护时，才动用刑法进行调控。这是因为公民的生命、人身自由、财产权利以及基本政治权利，是现代法治视为神圣不可侵犯的基本人权的核心内容。而刑法的制裁措施却是以剥夺公民的这些最基本的权利为主要的内容，刑法制裁措施的这种严厉性，无疑是各种制裁法中最强的。因此，随着对公众行为自由的保障，刑法有必要对为保障人们在社会中的共同生活而采取

〔1〕 缪军：“近亲属不必出庭作证：‘亲亲相隐’理念回归”，载《检察日报》2012年5月18日。

的必要干预行为作出限制。此即所谓刑法的谦抑性，刑法抑止犯罪虽然可以产生积极的社会效益，但同时意味着一定社会成本的付出。刑罚是一种资源，这种社会资源是有限的，能够用刑罚之外的方式解决的矛盾就不能上升到刑事责任、刑罚的高度，否则，不仅是对刑罚这种资源的浪费，也是对人权的践踏。

综上，赵某在其二人共同居住的居所容留其同居男友王某某，并帮助其打探案件情况、联系相关人员的行为虽在一定程度上给司法机关的抓捕工作造成障碍，在一定程度上侵害了国家司法机关正常的刑事诉讼活动。但是，赵某的窝藏行为没有达到应负刑事责任的程度，根据《刑法》第13条但书：但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪的规定，可认定赵某的窝藏行为显著轻微，不宜认定为犯罪。

公款行贿的法律适用研究

——以李某某滥用职权案为例

刘 爽*

一、基本案情

李某某原系重庆市C区公益工程建设管理有限公司（系国有独资公司，以下简称公益公司）董事长、总经理。2011年春节，李某某为了得到时任重庆市C区区长韩某某的关照，擅自决定用公款购买名贵玉石向韩某某行贿。2011年3月及2011年6月，李某某虚构“光彩工程”项目，先后安排公司财务总监李某金、办公室主任张某某，以虚假发票冲账的方式分两次将公款49万元钱从公司套出并用于购买“双喜临门”玉石。买到玉石后，李某某多次联系韩某某欲赠其玉石，却因故未能送出。直至案发时，李某某一直将玉石放置家中。

二、争议焦点

本案中，李某某的行为究竟如何定性，存在二种不同意见：

第一种意见认为，李某某的行为构成滥用职权罪。李某某

* 重庆市人民检察院第一分院公诉二处。

的确是欲将玉石送与韩某某，其没有将 49 万元占为己有，不具有非法占有公共财物的故意，故不能构成贪污罪。但李某某超越其作为公益公司董事长、总经理的职权范围，擅自决定将公款购买玉石向领导韩某某行贿，并安排下属将公司账目抹平，客观上已经造成公司财务遭受 49 万元的重大损失，其行为构成滥用职权罪。

第二种意见认为，李某某的行为构成贪污罪。李某某利用作为公益公司董事长、总经理的职务便利，安排公司下属做假账，擅自套取公款购买玉石向领导韩某某行贿，以满足个人目的，且在客观上已实际非法占有这 49 万元，其行为构成贪污罪。

重庆市某区人民法院审理后认为，由于没有对玉石价值进行鉴定，故不能准确认定本案是否存在重大损失，李某某的行为不构成滥用职权罪。李某某欲将玉石送与韩某某，其没有将 49 万元占为已有，不具有非法占有公共财物的故意，故也不构成贪污罪。重庆市某中级人民法院审理后维持了重庆市某区人民法院一审判决。

三、观点透析

本案中存在以下几点争议，如何认定滥用职权罪中的重大损失？贪污罪中“非法占有”如何认定？非法占有是否等同于非法占为已有？下面结合本案，笔者就上述问题略作探讨，以求教于同仁。

（一）滥用职权罪“重大损失”的立法表述

我国现行《刑法》第 397 条第 1 款规定：“国家机关工作人员滥用职权或玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或拘役；情节特别严重的，

处三年以上七年以下有期徒刑。”

所谓“重大损失”，是指给国家和人民造成的重大物质财产性损失和非物质财产性损失。物质财产性损失一般是指人身伤亡和公私财物的重大损失，是确认滥用职权犯罪行为的重要依据；非物质财产性损失是指严重损害国家机关的正常活动和声誉等。由于现行刑法对滥用职权罪的规定属于简单罪状的表述，因此，滥用职权罪中的重大损失是由司法解释来加以释明的。2006 年最高人民检察院公布实行的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》（高检发释字［2006］2 号）明确规定：滥用职权涉嫌下列情形之一的，应予立案：①造成死亡 1 人以上，或者重伤 2 人以上，或者重伤 1 人、轻伤 3 人以上，或者轻伤 5 人以上的；②导致 10 人以上严重中毒的；③造成个人财产直接经济损失 10 万元以上，或者直接经济损失不满 10 万元，但间接经济损失 50 万以上的；④造成公共财产或者法人、其他组织财产直接经济损失 20 万以上，或者直接经济损失不满 20 万元，但间接经济损失 100 万以上的；⑤虽未达到 3、4 两项数额标准，但 3、4 两项合计直接经济损失 20 万以上，或者合计直接经济损失不满 20 万元，但合计间接经济损失 100 万元以上的；⑥造成公司、企业等单位停业、停产 6 个月以上，或者破产的；⑦弄虚作假，不报、缓报、谎报或者授意、指使、强令他人不报、缓报、谎报情况，导致重特大事故危害结果继续扩大，或者致使抢救、调查、处理工作延误的；⑧严重损害国家声誉，或者造成恶劣社会影响的；⑨其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形。该规定虽然明确了物质财产性损失和非物质财产性损失的计算标准，更细化了立案标准，具有很强的可操作性。

（二）滥用职权罪中重大损失的法律认定

本案中，李某某擅自决定套取公款，并指使下属虚列开支，

用虚假发票冲账的行为属于违反职权的滥用职权行为并无争议。但要构成滥用职权罪还有一个关键因素就是李某某滥用职权的行为是否给公共财产造成重大损失。本案中，李某某被捕后交出“双喜临门”玉石，可其价值却没有鉴定。判断玉石的价值大小，应该从玉石的文化价值、艺术感染力价值、装饰佩带效果价值、玉石的制作工艺价值、玉材的种类和材质价值、玉石表现的题材价值、器型的得体适宜性价值、玉石制作者的知名度价值、玉石的各种稀少性收藏价值等方面进行综合分析判断。玉石进入市场流通领域后，就会有一个相对稳定的价格。该价格被市场经济杠杆“无形的手”所左右。市场繁荣，就会有需求，市场有需求，就会刺激价格攀升，商品稀少奇缺，也会刺激价格攀升，因此玉石的价值并非一成不变。倘若“双喜临门”玉石经过有关机构鉴定其价值高于49万元，是否能够得出公共财物并未受到损失的结论?

答案显然是否定的。对于行为人滥用职权的行为是否致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，司法实践中存在不同意见：有的人认为，应当以立案侦查时行为造成的损失为损失确定的最后时间；还有的人认为，应当以法院受理时行为人确实无法挽回损失时的损失为最后的实际损失；甚至有的人认为，一审宣判前行为人确实无法挽回的损失为最后的实际损失。按照第一种观点，行为人在侦查机关立案侦查前无法挽回其行为所造成的损失，该损失就是滥用职权所造成的损失；按照第二种观点，如果法院在受理前行为人挽回了损失，则损失是不存在的，其行为以前造成的损失就不能视为滥用职权行为造成的损失；按照第三种观点，如果法院对案件进行一审宣判前行为人挽回了其行为造成的损失，那么行为人滥用职权行为就没有损失。

笔者认为，对于滥用职权致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，应以侦查机关立案时，行为人实际造成的损失作为是否构成犯罪的标准。案发后追回的损失，可以作为量刑情节予以考虑。理由是：“损失”是指滥用职权行为对刑法保护的利益直接造成的损害，既是一种法律状态，也是一种法律后果。它是犯罪行为的直接产物，与该犯罪行为具有直接的、排他的因果关系。滥用职权罪的损失与案发后的损失补救具有本质上的不同。“损害补救行为”是指在犯罪成立的情况下，行为人或司法机关通过一定的方式对受害人给予经济方面的补救。补救决定了受害人利益是否完全或部分灭失，与当事人各方的客观情况相联系，不属于滥用职权罪的必备条件，而是量刑情节。如果以侦查终结或一审起诉时的损失为定罪标准，既违背刑法基本理论，司法实践中也难以操作。理论上，它将案发后的补救行为作为滥用职权罪的必要条件，将对滥用职权罪具有定罪意义的“损失”与犯罪行为之外的事后补救行为等同起来，混淆了滥用职权罪成立意义上的“损失”与量刑意义上的损失的界限，既错误理解了滥用职权罪的构成要件，也违反了罪刑法定的基本原则。实践中，如果依照这种标准定罪量刑，其后果必然是，行为人是否承担刑事责任不取决于其犯罪行为，而取决于滥用职权的受益方是否有实力“挽回损失”，取决于诉法机关是否及时发现并查出该犯罪行为，也就必然会出现以下悖论式的情形：司法机关因发现滥用职权致使公共财产、国家和人民利益遭受损失而立案侦查，并依法实施了损害补救行为，即及时追回了相应的财产，但是却因此导致侦查终结时无损失发生，从而无法对行为人以滥用职权定罪处罚。如果以一审宣判前的损失为标准，则更难以操作。这既违背滥用职权罪立法意图和犯罪构成，也势必导致罚不当罪，有碍司法公正。

回归本案，侦查机关立案时，李某某已经套取公款，并安排下属作平账目，使得公共财产损失49万元，即使李某某上缴其用公款购买的玉石，其玉石的价值不影响李某某行为造成公共财产遭受重大损失的认定，但可以作为量刑情节予以考虑。

李某某行为符合滥用职权罪的构成要件，但不代表李某某的行为必然构成滥用职权罪。因为行为人利用职权侵吞、骗取公共财物的贪污行为，从本质上讲亦具有滥用职权的性质。如果李某某的行为同时符合贪污罪的构成要件，那么就可能涉及竞合的问题。因此下文将继续分析李某某的行为是否构成贪污罪。

（三）对非法占有目的的含义探析

“非法占有目的”是贪污罪最为关键的构成要件。长期以来，国外刑法理论界对“非法占有目的”的理解争论颇多，众说不一。关于非法占有目的有三种理解：一是“排除权利者的意思说”。认为非法占有目的是指将自己作为财物的所有人进行的支配的目的（仅有排除意思即可）。二是“利用处分的意思说”。认为非法占有目的，是指按财物经济用法利用、处分的意思（仅有利用意思即可）。三是“折中说”，认为非法占有目的，是排除权利人，将他人的财物作为自己的所有物（排除意思），并遵从财物的经济用途，对之进行利用或者处分的目的（利用意思）。

我国刑法理论界对非法占有目的的理解存在以下几种观点：一是“意图占有说”。认为所谓非法占有目的，是指明知是公私财物或者他人的财物，而意图把他非法转归自己或者第三人占有。二是“侵犯占有权说”。认为非法占有的犯罪目的在于占有他人的财物，首先表现为对他人财物占有权的侵犯。三是“意图改变所有权说”。认为非法占有目的是指行为人意图非法地改

变公私财物的所有权，即依法对财物享有的占有、使用、收益、处分的权利。四是“非法所有说”。认为非法占有目的表明犯罪行为人将他人的财物转归已有，也即自己非法行使对财物的所有权，并因此排除财物所有人对该财物行使所有权的可能。从事实的角度该说是我国的通说。[1] 五是“不法所有说”。认为非法占有目的包括两种情况：一是以非法暂时占有（狭义）、使用目的……；二是以不法所有目的，对非法占有目的，或不法所有目的，不能理解为只有意图占有或控制财物，而应按前述大陆法系国家的折中说来理解，即应该包括利用或者处分财物的目的在内。[2] 六是“不要说”（或称为“事实控制说”，“非法占有说”）。认为应从本义上（即占有的字面意义）来理解非法占有目的，即非法占有目的就是意图实现对财物的事实上的控制与支配的目的，因而反对从排斥所有人或利用处分的角度（附加意义上）来理解非法占有目的。同时，基于从本义的角度出发，认为非法占有目的所表达的含义是能够被盗窃等取得罪的故意内容所包含的，故非法占有目的不是所谓的“超过的内心倾向”，因而主张非法占有目的不是盗窃等取得罪主观方面的必备要件。该说在我国现已成为对通说的有力挑战。[3]

显然，刑法理论上关于非法占有的学说可谓众说纷纭，尤其是我国大陆的各种学说，在名称上极为相似，在文字表述上极易使人产生误解与混淆。笔者认为，非法占有目的，应当从非法占有目的的本义出发，结合我国立法规定和司法实践，以科学准确界定非法占有目的，把握其内涵。具体的说，非法占

---

〔1〕 赵秉志：“论金融诈骗罪的概念和构成特征”，载《国家检察官学院学报》2001 年第 1 期。

〔2〕 张明楷：《刑法学》（第 2 版），法律出版社 2003 年版，第 750 页。

〔3〕 刘明祥：“刑法中的非法占有目的”，载《法学研究》2000 年 2 期。

有目是指排除权利人，将他人的财物作为自己的财物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。

（四）贪污罪中非法占有不等同于非法占为己有

实践中，常常有人认为非法占有就是非法占为己有，这实际是关于非法占有财物的归属问题，不能狭义地理解为非法占有为自己所有，原因有以下几点：

1. 非法占为己有限制了贪污犯罪主观方面的构成要件

刑法第382条规定：国家工作人员利用职务便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的是贪污犯罪。我们可以明确看出贪污犯罪所要求的主观故意，只是对公共财物的非法占有，并不限于非法占为己有。非法占为己有是行为人不仅将公共财物非法占有，而且非法取得公共财物的所有权，而非法占有仅要求行为人使公共财物脱离原物主的控制而处于行为人的控制之下，并遵从财物的经济用途，对之进行利用或者处分。将贪污罪的主观方面构成要件认定为非法占为己有，将缩小贪污犯罪的构成要件，违反了我国犯罪构成理论中罪刑法定的基本原则，导致错误适用法律，无限扩大了检察机关的举证范围与责任，放纵了犯罪行为。

2. 非法占为己有混淆了贪污犯罪动机和目的的区别

犯罪动机与犯罪目的同属行为人的主观状态，二者虽有联系但也有区别。犯罪动机是指刺激犯罪主体实施犯罪行为，以达到犯罪目的的内心起因，而犯罪目的则是犯罪主体通过犯罪行为所追求和希望达到的结果。犯罪动机是推动行为人为某一行为的内心起因，不是犯罪构成的必备要件，只是量刑时考虑的情节。而犯罪目的则是行为人实施行为达到危害结果的希望和追求，它决定犯罪行为的方向和性质，是故意犯罪构成的必备条件。根据我国《刑法》第382条规定，贪污犯罪构成的主

观方面仅要求行为人具有非法占有公共财物的目的，而不论行为人实施贪污行为的动机是要钱还是要其他利益，是生活急需钱还是贪图享受用与挥霍，也不论动机是为自己使用还是为他人使用。那种以非法占为己有做贪污犯罪主观构成要件和罪与非罪的标准，实质上是混淆了犯罪目的与犯罪动机的界限，这样，必然会导致错误适用法律的结果。

3. 非法占为己有混淆了犯罪目的与赃款去向的区别

首先，我们需要搞清什么是赃款。赃款是指违法犯罪行为人通过非法手段获取的不义之财。赃款与一般款项的最大区别，就是行为人取得款项手段的违法性与途径的非法性。“赃款去向”就是行为人以各种方式对不义之财的处分和不义之财的存在状态。司法实践中，犯罪嫌疑人因贪污犯罪被查办时，主动认罪服法的很少，其往往想尽办法，以各种手段掩盖贪污事实。当检察机关以无可辩驳的确凿证据证实其贪污犯罪事实时，犯罪嫌疑人便会退而求其次，在贪污犯罪所得赃款的去向上动脑筋做文章，以所得款项“未非法占为己有”、“用于公务”、“为公开销”为由，否认犯罪，企图减轻罪责或逃避法律制裁。然而，赃款去向应是行为人完成犯罪之后的行为，与犯罪行为相比是既独立又相互联系的行为阶段，犯罪行为应是主行为，而赃款的处分是一附属行为，附属行为只能从属于主行为，而不能改变主行为的性质和状态。笔者认为，贪污赃款去向，不应影响贪污犯罪性质的认定。否则既无限扩大了侦查机关的举证范围与责任，又放纵了犯罪行为。

回到本案，李某某已经安排下属使用虚假发票冲抵账目，从客观上无法反映出公款被套取的情形。虽然李某某没有将这49万元归为己有，但李某某已将这49万元脱离了公司控制而处于自己控制之下并购买玉石以便实现个人非法目的，其行为应

当认定对公共财物具有非法占有的目的。

分析至此，李某某利用职权擅自套取公款，使得公款脱离本单位控制，并自作主张利用公款购买玉石赠与他人，是一种侵吞公共财物的行为，属于贪污。另一方面其贪污行为又致使其他公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，亦具有滥用职权的性质，因此其行为同时触犯滥用职权罪与贪污罪，属想象竞合，对之宜择一重罪，以贪污罪定罪处罚。

民族地区刑事和解制度法律适用研究

——以索某某故意杀人案为例

丁罗漪*

一、基本案情

犯罪嫌疑人索某某于2008年11月19日酒后在其舅父家碰到长水村牧民南拉某某，犯罪嫌疑人索某某叫南拉某某去自己家看电视。两人在去索某某家途中发生口角，随后厮打在一起。中途犯罪嫌疑人索某某用刀在南拉某某身上乱戳导致被害人死亡。经法医鉴定：死者南拉某某系他人用锐器刺击后造成全身多处损伤及肺脏多处损伤，致失血性休克死亡。案发后，犯罪嫌疑人索某某于2008年11月22日被抓获归案。庭审前经法院主持调解，在索某某和南拉某某所在两村基层组织的配合下，索某某的亲属与被害人南拉某某的亲属达成了赔偿18万元的和解协议。在此案审理过程中，法院主持调解，由两村中有威望的老人、宗教人士参与。经调解双方当事人达成了和解协议并当庭履行，被害人南拉某某的亲属遂向法院提出对被告人索某某从轻或者免除处罚的要求。青海省海南藏族自治州中级人民

* 西南大学法学院刑法学硕士研究生。

法院在量刑时也依法酌情考虑对索某某从轻处罚，最后法院以故意杀人罪判处被告人索某某有期徒刑10年。

二、争议焦点

该案件发生于2008年，当时我国刑事诉讼法并没有确立起刑事和解制度，在此引用此案例是因为该案例较为全面地展现了民族地区刑事和解中具体的实践情况。本文将结合新修订的刑事诉讼法中有关公诉案件刑事和解程序的规定对该案件进行分析。本案中对于刑事和解制度适用的正当性存在不同的意见：

第一种意见认为本案不能适用刑事和解制度。一方面，从当时的法律看，刑诉法上仅仅规定了对于被害人自诉案件可以适用刑事和解制度；另一方面，即使根据现行刑事诉讼法的相关规定，除了被害人自诉案件和一部分满足法律要求的公诉案件外，都不得适用和解制度。本案中索某某的行为构成故意杀人罪，即使是认为其情节较轻，也无法满足法律规定的适用刑事和解制度的条件。

第二种意见认为本案适用刑事和解制度存在其合理性和正当性。虽然根据现行法律的规定，索某某的行为不能适用刑事和解制度，但是案件的处理要结合当地的实际情况。本案发生于青海省某藏族自治州，少数民族地区长期存在着刑事习惯法的情况是我们必须加以考量的。虽然刑事习惯法与国家刑事制定法之间存在着一定冲突，但是从少数民族地区的长期实践看，刑事习惯法以其内生的力量对民族地区纠纷解决发挥着重要的作用。而本案适用刑事和解制度正是对藏族刑事习惯法中“赔命价”这一传统习惯的一定体现，这一习惯法的适用有效地化解了矛盾冲突，维护了少数民族地区的稳定与和谐。

三、观点透析

（一）刑事和解制度的适用条件

要准确地判断刑事和解制度的适用条件，首先我们要对刑事和解的概念进行理解。所谓刑事和解制度，指的是在刑事犯罪行为发生后，犯罪嫌疑人、被告人内心真诚悔罪，通过向被害人赔礼道歉、赔偿损失等方式与被害人达成一个基于自愿的和解协议，免于被国家专门机关追究其刑事责任或者减轻其刑事责任的诉讼制度。[1]现行《刑事诉讼法》在第五编特别程序中以专章形式加入了当事人和解的公诉案件诉讼程序，这标志着一直以来饱受理论界争议的刑事和解制度在我国现行刑事体系中确立起来。依据相关规定，现对刑事和解制度的适用条件总结如下：

1. 属于法律规定的适用和解程序的案件范围

《刑事诉讼法》第277条[2]对公诉案件和解的范围从正反两面作出了严格限定：一方面，其从罪名和刑罚两个方面对适用范围做了限定。只有属于刑罚分则第四章、第五章规定的犯罪行为即侵犯公民人身权利、民主权利及财产的犯罪且可能被判处三年有期徒刑以下刑罚的，还有除渎职外可能判处七年有期徒刑以下的过失犯罪案件可以适用刑事和解制度。另一方面，

---

〔1〕 向朝阳："刑事和解的价值构建及中国模式的构建"，载《中国法学》，2003年第6期。

〔2〕《刑事诉讼法》第277条："下列公诉案件，犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪，通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解，被害人自愿和解的，双方当事人可以和解：（一）因民间纠纷引起的，涉嫌刑罚分则第四章、第五章规定的犯罪案件，可以判处三年有期徒刑以下刑罚的；（二）除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的，不适用本章规定的程序。"

该条规定也作出了两点禁止性规定。渎职犯罪和犯罪嫌疑人、被告人五年内曾故意犯罪的不得适用刑事和解制度。

2. 犯罪嫌疑人、被告人内心真诚悔罪

刑事和解制度希望通过真诚悔罪这一主观要求达到抚慰被害人、修复被侵害的社会关系以及犯罪嫌疑人、被告人自我约束和反省的目的。这是适用刑事和解制度的一个极为重要的主观条件，如果行为人不承认或者出于投机的心态承认自己的犯罪行为，那么刑事和解制度就失去了其意义所在。即如果犯罪嫌疑人、被告人不是出于真诚悔罪的主观心态，只是出于减轻罪责的目的假意与被害人达成和解协议，则无法适用刑事和解制度。

3. 犯罪嫌疑人、被告人与被害人达成和解协议是基于自愿

这是刑事和解程序适用的第二个主观条件，要求犯罪嫌疑人、被告人和被害人达成和解协议是在双方自愿的基础上。不仅要求对适用和解程序的自愿，也要求是对和解协议内容的自愿。我们认为只有在双方自愿的基础之上，才能更好地达到修复破坏的社会关系的目的。只要其中一方不是基于自愿，就不能有效达到刑事和解的目的，就可能造成犯罪嫌疑人、被告人的再犯罪以及被害人的再被伤害。

4. 犯罪嫌疑人、被告人通过赔礼道歉、赔偿损失等方式获得谅解

这是刑事和解程序适用的一个客观条件，在刑事和解制度中，刑事加害人要与被害人达成和解协议，除了主观上要求其真诚悔罪意外，客观上还要求其通过赔礼道歉、赔偿损失等方式取得被害人的原谅。这就保证了被害人无论是精神上的损害还是物质损失都得到了及时有效的救济和恢复。

5. 案件事实清楚、证据充分

刑事司法实践中往往出现犯罪嫌疑人、被告人假意和解，但是最后却不履行和解协议的情况，但是侦查机关却在这一过程中错失了提取证据的黄金时间，犯罪嫌疑人、被告人反悔后再去对案件事实做进一步调查，此时提取证据的难度就相对比较大。为了防止这一现象的出现，根据《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》规定，除了满足上述几个条件外，还要求案件事实清楚、证据充分的案件才得以适用刑事和解制度。所谓案件事实清楚、证据充分不同于传统司法上的案件事实全部清楚、证据确实充分，这就要求专门机关掌握的证据足以认定犯罪嫌疑人、被告人罪与非罪，是否承担责任的程度。

综上，一般刑事案件要适用刑事和解制度去解决，要同时满足以上五个条件。结合本案案情分析，索某某故意杀害南拉某某的案件事实清楚，证据充分，索某某也已认罪，并且通过赔偿18万的方式取得了被害人南拉某某家属的谅解，最后达成了和解协议。但是本案中索某某涉嫌故意杀人罪，虽然是属于刑罚分则关于侵犯公民人身权利、民主权利的犯罪行为，但是其最低刑为三年有期徒刑，不满足适用刑事和解案件范围的要求。通常意义上我们认为这一案件是不能适用刑事和解程序解决的，但是本案发生在青海省某藏族自治州地区，需要充分考虑少数民族的本土实际，是否又可以变通适用呢？这样做是否有损国家刑事法的权威？我们认为民族地区刑事和解制度的适用是要适当放宽的，或者说是刑事和解制度要实现民族地区本土化，而这一举措恰恰是国家刑事法权威在民族区域自治制度下的妥协和让步，不仅无碍于国家刑事法的权威，而且有利于刑事和解制度在民族地区发挥更大的作用。

（二）刑事和解程序适用过程中“中间人”的角色定位

根据刑事司法实践的总结，刑事和解有以下几种形式：

①当事人自行和解；②在专门机关的主持下和解；③在民间组织或民间权威个人的主持下和解。在这里我们可以发现除了当事人自行和解外，其余两种形式都要求“中间人”的存在。根据调查，当事人自行和解的案件比例较低，大多数和解都是在“中间人”的主持下达成的和解协议。据此我们认为，“中间人”的身份会直接影响当事人和解的效率和效果。

在专门机关主持的和解中，“中间人”一般是由公安机关、检察机关或人民法院担任。现行法律也明确了三机关“中间人”的地位，在以往实践中对于公安机关、检察机关主持刑事和解工作多持支持态度，实践中也都是如此操作的。我们认为公安机关和检察机关不同于法院，其作为刑事和解“中间人”主持和解时应当更加慎重。这是因为：从法律规定看，公安机关的主要职能是抓捕犯罪嫌疑人以及追查犯罪证据，检察机关的主要职能是控诉职能和监督职能。从某一方面来讲，公安机关和检察机关在犯罪嫌疑人面前扮演的是一种积极进攻的角色，换而言之，其与犯罪嫌疑人之间的关系即进攻与防御的关系。这就使得公安机关一方面要努力搜证证明犯罪嫌疑人的犯罪事实，另一方面又要主持当事人之间的和解，我们认为在这一阶段的和解，公安机关身为“中间人 ”在事实清楚的基础上要更加关注当事人的内心，要注意审查被害人和解时是否受到犯罪嫌疑人的胁迫以及犯罪嫌疑人是否真诚悔罪。而检察机关集“控诉人”、“监督人”、“中间人”三种角色于一身。这一阶段的和解检察机关要更加注重对案件事实及证据的审查，一方面积极行使法律赋予其的轻微刑事案件不起诉权，另一方面积极扮演其“中间人”角色。同时检察机关可以依法对公安机关、人民法院的和解工作进行监督，保证和解的正当性，防止司法腐败；就当事人之间达成的和解协议，检察机关可以登记在案，作为证

据呈堂，并据此建议法官从宽处罚等。人民法院则不同于公安机关和检察机关，人民法院是理所当然的“中间人”，因为根据相关法律规定，人民法院的职能不仅限于审判职能，还包括对各类案件的调解职能。人民法院主持下的刑事和解能够最大程度地保证和解的公正性和有效性，从我国法庭的布局就可以看出，在控辩关系中，检察机关和犯罪嫌疑人、被告人是对立关系，而法院扮演的则是一个居中裁判者的形象，这种居中独立性也最大程度地保证了其调解的公正性。而“中间人”恰恰就要独立于犯罪嫌疑人、被告人和被害人，履行居中调解的职能。三机关相互配合，使得符合条件的案件在刑事诉讼的各个阶段都可以适用刑事和解制度，最大程度地尊重了当事人的意思自由，保护其合法权益，也实现了司法资源配置的最优化。

在民间组织或民间权威个人主持的和解中，“中间人”由一般是民间调解组织、基层组织以及有威望的个人出任，在少数民族地区多数是村中有威望的老人以及一些宗教人士出面调解。民间组织，如人民调解委员会、村民委员会、居民委员会，具有非常丰富的工作经验而且有广泛的群众基础，由其组织的和解工作能够有效地开展，而且在过程中也能充分保障当事人的意思自由，使得和解协议是在双方当事人意思充分的基础上达成的。在一些地方的实践中，还会邀请在当地具有威望的人士来主持和解工作。虽然专门机关逐渐取代民间组织和民间权威个人在和解程序中占据主导型位置，但是根据调查显示，在少数民族自治地方，民间权威人士的作用仍然是比较大。有学者曾在四川、青海等地民族自治地方调研发现在这些少数民族聚居的地方运行着一种当地传统习惯中的民间纠纷解决机制。在这一纠纷解决机制中，民间权威人士因其比专门机关更加熟悉刑事习惯法以及广泛的群众基础而在其中发挥着极其重要的作

用，而且这种纠纷解决机制达成的效果更能得到当地广大群众的支持。还有在一些有宗教信仰的民族聚居的地方，有时候宗教教义的有效性甚至强于国家法律，人们对一些宗教人士的信赖要强于国家机关工作人员。所以在少数民族地方，刑事和解制度的推行更有赖于当地的权威人士，甚至一些宗教人士。

结合本案来看，该案庭审前在人民法院的主持下，索某某和南拉某某两人所在村基层组织的配合下，达成了和解协议书，取得了被害人家属的谅解。在庭审过程中，法院主持调解，由两村有威望的老人和宗教人士参加，经调解达成了和解协议书，并当庭履行。此案的调解过程中充分体现了“中间人”角色的多元化，即本案和解制度的适用过程中有法院、基层组织、村中有威望的老人和宗教人士。“中间人”角色的多元化有利于和解的有效进行，也使得和解的结果能够得到最广大群众的心理认同，也保证了和解协议切实履行。这样的和解过程兼顾了国家机关的权威和少数民族地方的风俗习惯及宗教信仰，可以成为缓解国家法与民间习惯法冲突的新路径。

（三）刑事和解的效力问题

1. 刑事和解与刑事附带民事赔偿的关系

此处我们讨论的刑事附带民事赔偿产生于刑事附带民事诉讼中，是指被告人对被害人因其犯罪行为遭受物质损失进行赔偿。刑事和解与刑事附带民事赔偿在理论上存在一定的契合之处。根据最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》的规定，如果刑事被告人已经赔偿物质损失的，人民法院可以将其作为量刑情节予以考虑。即如果刑事被告人在诉讼过程中进行了及时、有效的刑事附带民事赔偿，人民法院可以将此作为对被告人有利的量刑情节予以考虑。而刑事和解制度也恰恰是要求犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪，并且采取赔礼道歉、

赔偿损失等手段取得被害人谅解以达到减轻处罚的效果。那么两者的实现路径都是"有效、及时的民事赔偿→从宽处理"。那么刑事诉讼法专设刑事和解制度是否多此一举？刑事和解的效力又是如何？接下来我们试分析两者的不同之处来回答这两个问题。第一，刑事附带民事赔偿更多地关注被害人利益，而刑事和解制度则是兼顾加害人和被害人的利益。刑事附带民事诉讼的启动权属于被害人及其亲属，而刑事和解则是属于双方行为，要求尊重两者的主体地位。第二，刑事附带民事赔偿的范围仅限由于被告人行为造成的物质损失，这里的物质损失要求可以用金钱加以衡量，所以精神损害不能提起附带民事诉讼；而刑事和解制度下赔偿损失，不以犯罪造成的损失为限，实践操作通常都要高于犯罪行为造成的损失，少数民资地区杀人案下的"赔命价"甚至可以达到天价的程度，同时通过被告人真诚悔罪达到抚慰被害人精神的效果。第三，刑事附带民事赔偿对被告人没有主观的要求，容易产生"以钱买刑"现象；而刑事和解制度不仅客观上要求被告人赔偿损失，而且主观上要求其真诚悔罪，这种基于内心自省实现的从宽处理更加能够实现刑事法的教育功能，降低被告人再犯罪的可能。第四，在刑事附带民事诉讼中如果进行了及时、有效的民事赔偿，人民法院可以对其从宽处理，这就赋予了法院在量刑上的自由裁量权；而根据最高人民法院关于使用《刑事诉讼法》的解释第505条中规定了如果当事人之间达成和解协议的案件，人民法院应当对被告人从宽处理。第五，刑事附带民事赔偿产生于刑事附带民事诉讼中，其依赖于一般的诉讼程序存在；而刑事和解制度是作为一个特别程序加以规定，换而言之即其与一般的刑事诉讼程序是处于同等地位的，而非一般程序中的某个环节。从程序的角度上讲，刑事和解制度是独立的诉讼程序，而刑事附带

民事诉讼则从属于一般刑事诉讼程序，两者有效地实现互补，被害人在不能或不愿意和解的情况下可以通过刑事附带民事赔偿弥补其物质损失。所以我们认为在一定层面上可以说刑事和解制度与刑事附带民事赔偿达到了一个相互补充的效果，刑事和解制度在很大程度上弥补了刑事附带民事诉讼在实践中的弊端，刑事和解制度对当事人利益的保护更为充分，程序上的适用更为自由。

2. 刑事和解达成的和解协议书的效力

刑事诉讼法并没有明确加以规定和解协议书必须产生于某一或某一些环节，满足前文条件所达成的和解协议可以出现在刑事诉讼中的各个环节中。依照该程序达成的和解协议书不同于自诉案件和解达成的协议书。修正后的《刑事诉讼法》第279条〔1〕明文规定了和解协议书的效力，但是就条文本身看，仅规定了和解协议书对刑事量刑产生的一个效力：要么是不追究其刑事责任，要么是减轻其刑事责任。但是未就和解协议书本身的内容效力做一个明确的规定。有学者将和解协议中关于赔礼道歉、赔偿损失等条款界定为“类民事合同”〔2〕条款。笔者比较认同这一观点，从“类民事合同”的理念入手分析和解协议书的效力会比较全面：

（1）和解协议书的内容具有类民事合同的效力。上文说到适用和解制度客观上要求犯罪嫌疑人、被告人通过赔礼道歉、赔偿损失等方式取得加害人的谅解，所以和解协议书的主要内

---

〔1〕《刑事诉讼法》第279条：“对于达成和解协议的案件，公安机关可以向人民检察院提出从宽处理的建议。人民检察院可以向人民法院提出从宽处罚的建议；对于犯罪情节轻微，不需要判处刑罚的，可以作出不起诉的决定。人民法院可以依法对被告人从宽处罚。”

〔2〕卢传新：“刑事和解协议的法律效力问题探究”，载《法制与社会》2012年第4期。

容亦是对犯罪嫌疑人、被害人的相关行为的规定，如赔礼道歉的形式、赔偿损失的金额等内容。即和解协议书是以犯罪嫌疑人、被告人和受害人为双方当事人在刑事体系内成立的一个民事合同，但是其也遵循民事体系下相关规定。从和解协议书的内容来看，这一合同本质上属于单务合同，即被害人在其中是没有义务规定的，其只有接受被告人赔礼道歉、赔偿损失的权利。之所以称其为“类民事合同”是因为和解协议书的履行不仅仅产生了民事意义上的效果而且产生了刑事意义上的效果。通常而言，刑事犯罪情况中不仅仅对刑法所保护的法益造成了侵害，也会连带着对民法所保护的对象造成损害，一般情况下会通过刑事附带民事的方式实现刑事和民事的双重保护。而刑事和解制度下达成的和解协议书则具有双重意义。

（2）通过对和解协议书的履行对诉讼活动产生一定的约束力。和解协议书内容的履行程度会反过来对刑事诉讼活动产生影响。第一，如果犯罪嫌疑人、被告人拒不履行和解协议书，那么公诉案件的和解程序就会终结，法院则会按照一般的刑事诉讼程序对案件进行审理，曾达成的和解协议书也不能作为从宽处理的量刑条件。第二，如果犯罪嫌疑人、被告人履行了和解协议书，则要分阶段对其效力进行讨论：①侦查阶段。在这一阶段达成刑事和解并及时履行的，侦查机关可以向检察机关作出从宽处理的建议，但是不可以就此撤销案件；②审查起诉阶段。在这一阶段双方的当事人达成和解协议书，并及时履行的，人民检察院可以提请法院在判决时酌情处理，减轻或免除犯罪嫌疑人刑罚。如果犯罪嫌疑人情节轻微，而且悔罪态度良好，积极赔礼道歉、赔偿被害人损失的，检察机关认为其可以不受到刑罚处罚的，则可以直接作出不起诉的决定；③庭审阶段。庭审阶段中被告人基于真诚悔罪与被害人达成和解协议书，

并及时履行的，法院在最终量刑时要考虑和解协议书这一从轻情节，对被告人从宽处理。

结合本案分析，索某某被公安机关抓捕后积极认罪，悔罪态度良好，与南拉某某的亲属达成和解协议书后，根据和解协议书的内容当庭履行，从其行为可以看出其内心意识到了自己行为的社会危害性，这种犯罪人自省式的惩罚和教育的方式大大降低了其再犯罪的可能性。在庭审阶段和解协议书的达成，法院可以在最终量刑时予以考虑这一从轻情节。最后青海省海南藏族自治州中级人民法院以此为考量，对其作出从轻处罚的判决。

（四）刑事和解制度的在民族地区本土化问题

这里我们就回到了最先提出的一个问题，民族地区刑事和解制度的适用能否适当放宽？这样做是否有违国家刑事法的权威？我们认为刑事和解制度在民族地区的适用是可以适当放宽，而且这一举措是在民族地区推进国家和解制度的过程。这就要求刑事和解制度实现本土化，其最主要要实现刑事和解制度与民族刑事习惯法的相互融合。

“这种法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭记在铜表上，而是刻在公民们的内心里；它形成了国家的真正宪法；它每天都在获得新的力量；当其他的法律衰老或消亡的时候，它可以复活那些法律或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量。”〔1〕这是法国著名思想家卢梭所理解的风尚、习惯和舆论，卢梭认为这是最为重要的法律。大量民族地区纠纷解决的实践也证明了民族地区对民族习惯法的态度如同一种信仰，习惯法的效力

〔1〕［法］卢梭：《社会契约论》，李常青译，商务印书馆1980年版，第72页。

是不容置疑的，长久以来习惯法以其土生土长的力量架构起了属于各个民族地区特有的纠纷解决机制，有效地维护了民族地区的稳定。在这里我们对民族习惯法不一概而论，着重就民族刑事习惯法展开讨论。

民族刑事习惯法中包含了大量民族地区对杀人、伤害、盗窃、抢劫、抢劫等刑事犯罪的处理办法。现代刑事法治进程的推进曾一度对民族地区的刑事习惯法持排斥态度，但是从民族地区的实践总结看，这种排斥不仅仅没有使得刑事习惯法在民族地区消失，而是更多地造成了人们对国家刑事法的排斥，转而采用隐蔽的方式适用民族习惯法。长期以来，民族地区司法实践的过程中存在着国家刑事法与民族刑事习惯法的冲突。缓减这两者冲突矛盾，以实现国家刑事法与民族刑事习惯法共生契约的达成，建构民族地区法律多元格局，这需要博弈双方的妥协，一方面民族刑事习惯法要逐渐摒弃自身中不符合民族发展要求、违背国家刑事法制理念的一些落后的习惯传统。另一方面，国家刑事法要立足本土资源，积极吸纳民族刑事习惯法中的积极因素，为国家刑事法在民族的地区的实施奠定精神和群众基础。我认为可以将刑事和解制度本土化作为实现国家刑事法对民族地区渗透的新路径，实现和解制度本土化可以从以下两个方面入手：

1. 结合民族刑事习惯法对刑事和解制度适用范围作适当的放宽。民族地区由于其封闭性一直保持着“熟人社会”的特性，加上一些宗教以及民族传统文化的影响，刑事习惯法一直活跃于民间纠纷处理之间。多数的案件，甚至是一些重伤害案件，人们往往愿意采用和解的方式达成纠纷的解决，一方面被害人的损害得到及时的救济和赔偿，另一方面又有效地维持了其赖以生存的“熟人社会”关系网。新《刑事诉讼法》将适用刑事

和解程序的案件基本固化处理了，只有一些轻伤害案件可以适用刑事和解制度，而将重伤害案件排除在和解的范围之外，但是民族刑事习惯法的适用往往是不加以区分轻伤害或重伤害，只要加害人与被害人之间自行或经调解自愿达成和解并赔偿的，就视为对案件的处理。此处我们可以立足民族地区的本土习惯法，适当地放宽刑事和解适用案件的范围，将一些主观恶性小的重伤害案件也纳入其适用范围。一方面避免了习惯法中完全不加区分的弊端，另一方面也使得民族地区逐步接受国家司法介入民间纠纷。

2. 积极发挥民间权威人士在刑事和解中的作用。上文提到在民族地区和解的过程中往往会邀请民间权威人士如部落有威望的老人、宗教人士等作为“中间人”主持和解，因为这些民间权威人士相比于其他“中间人”要更加地熟悉当地的风俗、习惯及宗教，其权威是当地人们共同认同的，这也保证了和解结果的有效性。这是属于民族地区的特有现象。但多数情况下，民间权威人士是以个体的形式出现在和解过程中，我们认为民间权威人士是本土资源中最值得充分利用的，民族地区的司法机关、调解组织可以吸纳民间权威人士作为其成员或者可以让这些权威人士专门成立一个“中间人”机构，专注于民族地区的刑事和解事务。通过以上方式，实现对民间权威人士在刑事和解体制下的法治化管理。

结合本案来看，犯罪发生在青海省某藏族自治州地区，藏族传统文化和宗教精神、地区的封闭性加上成员自身朴素的经济观使得当地刑事习惯法中多采取和解的手段解决民族成员之间的纠纷。犯罪嫌疑人索某某故意杀害他人，情节严重，并不满足刑诉法中规定的适用和解制度的范围，但是其犯罪后积极认罪并真诚悔罪，在当地权威人士（村中有威望的老人、宗教

人士）向被害者亲属赔偿损失，最后与被害人达成和解协议，争取了法院对其从轻处理。“以价抵命”来换取冲突的平息是藏区“赔命价”习惯法的体现。“赔命价”是指在犯罪行为发生后，由当地的族长或族中有威望的老人、宗教人士出面调解，由加害人向被害人家属支付一定数额的赔偿，以达到免于刑法处罚并解决纠纷的效果。这是藏族人民长期解决杀人案件纠纷的实践经验总结，是宗教与社会实践相结合的产物，国家曾一度极力抵制这种沿袭旧制而来，以金钱抵充生命的行为，但是民族地区对此却持坚持态度，一度出现了被告人既受到国家的刑事处罚也依照“赔命价”习惯赔偿了所谓的“命价”的现象。结合刑事习惯法的一些观点，可以在刑诉法对刑事和解适用范围的基础上适当地放宽，但是并不是不加以区分地对各类案件都适用刑事和解：此处首先要考虑案件性质是否适用和解，对于一些民间纠纷引起的人身伤害、权利损害、财产侵害等案件以及过失犯罪等案件可以适用刑事和解制度，但是对于一些黑社会性质的犯罪、涉及国家案件、公共安全等案件则不能适用。接着对可以适用刑事和解制度的案件区分为轻伤害案件和重伤害案件。对于轻伤害案件，应当允许当地人民遵循其习惯法在民族地区权威人士的主持下达成和解，然后由国家专门机关审查其和解协议的自愿性和合法性，在此基础上从宽处理甚至免除其刑罚，避免二次裁判。但是对于重伤害案件则要加以区别对待，区别的关键在于其所造成的社会危险性以及行为人主观恶性。犯罪时行为人的主观恶性的判断在实践中比较困难，在实践中可以通过对犯罪动机、犯罪手段及犯罪工具等因素的考察进行判断，如犯罪行为是预谋犯罪还是临时起意，犯罪手法是否残忍。对于社会危险性的判断除了考察以上因素以外，还可以从犯罪地点、犯罪的社会影响力以及损失修复性进行考

量，如犯罪是发生在人群聚集的公共场合还是人烟稀少的地方、犯罪行为造成的损害能否修复。如果犯罪情节不特别严重，而且犯罪嫌疑人在事后积极认罪，真诚悔罪，其本身社会危险性小，主观恶性不大，再犯罪可能较小，此类案件即使是重伤害案件也可以加以适用刑事和解制度。但是值得注意的是，民族地区融合刑事习惯法放宽适用仍要以刑事和解制度本身为主导，即在民族刑事习惯法适用时仍要让位于国家刑事法，法官对于案件的定罪量刑仍要遵循罪刑法定原则，严格依法裁判。如故意杀人案件中的刑事和解并不能达到适用“赔命价”习惯法中免除刑事处罚的效果，仅仅只能依照将和解协议书作为量刑情节考虑对行为人从宽处理。综上结合本案，索某某酒后实施犯罪行为，并非事前预谋，虽然属于重伤害行为，但是行为人主观恶性较小，造成的社会影响较小，并且事后积极悔罪，在两村有威望的老人、宗教人士的主持调解下积极向被害人家属赔偿了 18 万元，当庭达成的和解协议也及时履行，取得了被害人家属的原谅，法院最后以此作出了从宽处理的决定。所以我们认为在结合民族刑事习惯法适当放宽民族地区刑事和解制度适用范围的情况下，本案适用刑事和解制度存在其合理性和正当性。

刑事和解制度在民族地区的适用要实现的不仅仅是对当地民族习惯法的融合，而且要在融合中以解决国家刑事法和民族刑事习惯法的冲突。

论我国刑事见证人制度

——以周某贩卖毒品案为例

刘 宇*

一、基本案情

2013年1月23日13时许，犯罪嫌疑人周某到重庆市某区某大道某某桥附近，搭乘程某某（另案处理）驾驶的牌照为某某的轿车，在车上周某以31000元的价格向程某某贩卖毒品麻古1000颗。交易完成后，周某在重庆市某区某大道某场前路边下车时被公安人员抓获，并在程某某处当场查获毒品麻古1000颗，净重91.48克。经鉴定，上述毒品麻古检出甲基苯丙胺和咖啡因成分。全案的检查、扣押、提取笔录均系公安协勤作为见证人，违反《最高人民法院司法解释》（2012）第67条第三款之规定，最终因该案证据存在重大瑕疵、现有证据无法排除合理怀疑而存疑不起诉。

二、争议焦点

本案的争议焦点为是否将全案的检查、扣押、提取笔录作

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

为非法证据予以排除？

第一种观点认为，虽然全案的检查、扣押、提取笔录均系公安机关的协勤作为见证人，但是《刑事诉讼法》第54条同时规定了非法实物证据可以通过补正或作出合理解释的方式成为合法证据，见证人的存在是以此保证侦查活动按法定程序进行，只要公安机关能够对此作出合理的解释，则仍然可以用作证据使用。且我国法律目前关于见证人的规定较为零散，公安部办案规则也没有限制见证人的范围，且检查、扣押、提取笔录能够与程某某的证言相互印证，故不应当作为非法证据予以排除。

第二种观点认为，因为全案的检查、扣押、提取笔录均系公安协勤作为见证人，违反《最高人民法院司法解释》（2012）第67条第三款之规定，不符合法定程序，公安机关不能作出合理的解释，且在本案中，仅有程某某的证言证实周某贩毒，相关书证的合法性可能严重影响司法公正，应当作为非法证据予以排除。

三、观点透析

笔者同意第二种观点。即将全案的检查、扣押、提取笔录作为非法证据予以排除，本案也因现有证据无法排除合理怀疑而存疑不起诉。

“恰如其分的确定证人和犯罪证据的可信程度，这是一切优秀立法的显著特点。”〔1〕对于证据而言，取得程序无疑是其可信性的来源。为此各国的证据规则都对证据的取得程序作出规定。刑事见证制度是通过与案件没有利害关系的第三人参与到诉讼中见证侦查人员的侦查行为，以此保证侦查活动按法定程

〔1〕［意］贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1995年版，第22页。

序进行。见证制度可以加强对侦查机关的监督制约，从而为双方在刑事诉讼中的对抗平衡提供必要支持，这样既保证侦查活动依法进行，也保障了犯罪嫌疑人的权利。不仅可以实现程序正义，而且有利于侦查人员严谨客观地收集证据，保证实体结果的公正。实践证明，我国刑事见证制度依然存在着许多问题，这些问题的存在极大地影响了刑事案件处理的质量，也为错案的发生提供了诱因。鉴于此，我们应当重视见证人的地位与作用，完善见证制度的立法。

（一）域外刑事见证制度的立法模式

“法律程序是一种反思的实践。”〔1〕西方发达国家经过多年的发展和实践，并不断地反思，已经形成了较为完善或较为具有代表性的法律程序，同时也发展出了较为完善的刑事见证制度。总体上说，域外存在以下三种模式：

1. 排斥性见证模式。排斥性见证模式是指在刑事侦查程序中通过严格的程序规定和相关的制度规则制约侦查机关的权力，而不需要见证人当场证明和监督侦查人员行为的模式。代表性国家有美国、英国、日本。在美国，为了保护刑事犯罪现场，只有被特别授权的侦查人员和官员才被允许进入犯罪现场。〔2〕美国联邦宪法第四修正案规定：“个人的人身、住宅、文件和财产不受不合理搜查和扣押的权利，不得侵犯，而且，不得签发令状，但存在合理根据，以宣誓或代誓宣言保证，并具体说明搜查的地点和扣押的人或物的除外。”在侦查程序中，美国不存在见证人在场证明和监督的制度，而是通过严格的程序性规定

---

〔1〕张文显：《马克思主义法理学理论、方法和前沿》，高等教育出版社 2003 年版，第 429 页。

〔2〕李明：“我国见证制度中的三个问题研究”，载《河北法学》2007 年第 11 期。

和侦查人员出庭质证、排除规则等制度制约侦查人员权力来保障当事人的人身权和财产权。

2. 自由性见证模式。自由性见证模式，又称为任意性见证模式，指侦查人员在进行勘验、检查、搜查等活动时，应当有当事人或法官、检察官在场监督，当上述人员不能在现场监督时，则应当邀请其他人参加到诉讼中监督侦查人员行为的模式。代表国家有德国、法国。《法国刑事诉讼法典》要求司法警察在实施搜查、扣押等侦查行为时，首先应当有被追诉者在场见证，只有在当事人本人不能出现在现场时才邀请其他人参与诉讼。这一自由的见证制度可以有效地监督侦查行为，提高侦查效率，确保当事人的合法权益。

3. 强制性见证模式。强制性见证模式是指在侦查机关实施勘验、检查、搜查等活动时必须邀请案外第三人到场见证侦查人员行为的模式。主要代表国家俄罗斯。俄罗斯立法者不仅在勘验、搜查等具体侦查行为中规定了见证活动的实施，而且设立专节对见证人的诉讼地位、权利义务等作出明确规定。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》在第八章中，将见证人与证人、鉴定人、专家和翻译人员共同规定为诉讼其他参加人，保证了见证的独立性和实效性。从而确保侦查人员依照法律程序实施行为，这样有利于保障当事人的权利，也可以有效地保障程序正义和实体正义的实现。

（二）我国刑事见证制度的现状及存在的问题

1. 我国刑事见证制度的现状。从制度设计来看，我国属于“强制性见证模式”。我国《刑事诉讼法》第137条规定：在搜查的时候，应当有被搜查人或者他的家属或者其他见证人在场。第138条规定：搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人员或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或者盖章。第

140条规定：对于扣押的物品和文件，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由侦查人员、见证人、持有人签名或盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。可见刑事强制见证在我国侦查程序中是存在的，但强制见证的范围过于狭窄，容易导致刑事见证人证明和监督作用的虚化。随着最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释的出台，其中第67条规定了不得担任刑事诉讼活动的见证人范围。见证制度在司法实践中越来越被重视。但我国刑事诉讼法并未明确见证人的诉讼地位，也未明确见证人的相关权利义务，不同程度的见证人问题在证据效力及其对全案的影响等层面的把握和认定方面也仅仅只能靠司法机关根据侦查人员的主观过错、违法性质及程度、证据材料的可信度以及对证明案件事实的影响、本案的其他证据情况等因素进行综合权衡。

2. 我国现行刑事见证制度存在的问题。由于刑事诉讼法规定的诉讼参与人中不包括见证人，也未明确见证人与证人的关系，因此见证人在刑事诉讼中处于一种有名无分的尴尬境地。最直接的后果是：见证人应享有的权利和承担的义务不明，见证活动走过场，直接威胁着见证人制度的生存。具体表现在以下几个方面：

（1）签名的见证人实际未参与见证，侦查机关在许多侦查活动中，由于情况紧急，没有也无法及时找到合适的见证人，但是侦查及相关特定诉讼行为必须立刻实施，或者即使通过各种途径寻找到符合条件的见证人，但是由于缺乏必要的保障制度，一般公民出于害怕报复、遭受经济损失无补偿、出庭作证麻烦等原因拒绝见证。在此情况下，为了“符合”法律规定，侦查机关往往寻求公安临聘人员（协勤、警务文员）作为见证

人，甚至采用补签名的方式进行“见证”。由此造成某一办案单位一段时期内几乎所有的勘验、检查、搜查等笔录中的见证人都是同一个人。以本文周某贩卖毒品案为例，全案的检查、扣押、提取笔录均系公安协勤彭某某作为见证人，且见证人彭某某根本没有去过抓获现场，没有参与见证提取毒品、毒资的经过，但却在提取笔录上作为见证人签字。最终该案因证据存在重大瑕疵而作存疑不起诉。公安临聘人员有可能不会站在一个公正的立场上对侦查机关的诉讼行为进行监督，使见证流于形式，从而失去了见证应有的“制约”之意。

（2）没有规定见证人的权利和义务，从程序上看，见证人是证据取得的可信性基础，也是证据的合法性来源。对于需要见证人见证才能取得的证据而言，见证人无疑具有至关重要的意义。但是，见证制度的应用方式是否就是在相关书证上签字呢？答案显然应该是否定的。然而在很多案件中，见证人根本不清楚自己见证了何种诉讼活动，仅仅只是在笔录上签字。就目前来看，我国的见证人制度基本上流于形式，没有很好的起到控制诉讼程序，保证程序中立，实现程序公开的作用。这种现象的形成在于没有对刑事见证人在见证取证的过程中所享有的权利和所需要承担的义务作出明确的规定。诸如见证人如果遇到明知相关证据不符合客观事实的情况，应该采取何种行为等一无所知。以本文周某贩卖毒品案为例，见证人彭某某在事后称仅是“帮忙签字”而已，这种权利和义务的缺失必然带来这种制度在实践中流于形式。

（3）对违反见证制度的后果没有作出明确规定，侦查人员在进行侦查时，应当有见证人在场，此属于强制性规定，侦查人员不得违反。《刑事诉讼法》第 54 条明确规定，收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补

正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。但法律没有明确，何为“合理解释”？如何进行“补正”？法律亦没有规定因侦查人员的收集程序不合法导致证据排除的侦查人员应承担的相关责任。法律的这种缺失必然导致见证制度在实践中不被重视，流于形式。

（三）完善我国刑事见证制度的建议

1. 增设专职刑事见证人。各级公安机关现实行 24 小时值班，接警后立即出警勘查现场的模式，那么遇到在晚上或凌晨要赶往勘查现场的情况时，极有可能找不到刑事见证人；在现场勘查的过程中，侦查机关按照法律的规定邀请相关的人充当案件活动的刑事见证人，但是由于害怕麻烦或者当事人报复，那些符合法律条件的人不愿意参与见证活动；有的侦查人员长期以来受传统观念的影响，对刑事见证人认识的程度不够，认为见证人的有无并不影响案件的侦破和实体正义的实现，导致在侦查活动中常常不邀请刑事见证人参加见证。虽然最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第 67 条就刑事见证人的资格作出了详尽的规定，难免还是会产生一系列具体的实践问题。当特殊情况甚至是紧急情况出现时，又没有必要的录像设备，如果没有一个正规合法的、高素质的刑事见证人队伍的存在，那么侦查活动的有序进行以及诉讼证据的合法取得就难以有效保障。在我国现阶段，为了应对一些紧急特殊情形的出现，应当建立专职刑事见证人制度。首先，我们可以借鉴人民陪审员的设立机制，以村民委员会和居民委员会为单位进行推选，明确专职刑事见证人的职责、权利义务和经济补偿制度，建立完善的专职刑事见证人选择机制。选择专职刑事见证人的条件包括保证其与案件无关、身体健康、具有完全行为能力、品行端正、在案发当地有固定住所、较高法律水平

等。其次，在同级人大常委会内，由其法工委选任专职刑事见证人，包括公布专职刑事见证人的资格、受理个人自愿报名和经其他组织的推荐名单，并对其进行考察，报经人大常委会确定候选人名单，对专职刑事见证人应实行身份公示制度。再次，当专职刑事见证人候选人名单确定后，随即建立一个专职刑事见证人资料库，当紧急、特殊情形出现时，由办案负责人进行随机抽取来决定参与刑事见证的人选。此外，我们要借鉴国外的做法，设置合理的例外情况，允许在特定的场合不必强制见证。如俄罗斯联邦《刑事诉讼法》第 170 条规定：在难以到达的地区，没有适当的工具以及侦查行为的进行可能对人的生命或健康没有威胁的情况下，可不必邀请见证人。

2. 见证人权利义务的规范化。

（1）见证人的权利，借鉴俄罗斯关于见证人权利的规定，我国刑事见证人应该享有的权利主要包括：第一，见证人有权说明自身情况，给出不适合参与见证理由的权利，侦查机关应当调查和尊重见证人员的意愿。第二，鉴证人员在侦查人员侦查过程中，可以对其身份、不当侦查行为提出纠正意见。第三，见证人员在侦查结束后，在核实侦查笔录的时候，可以结合见证过程中，对于不符合规范的地方提出质疑，要求重新侦查并进行修改。对于侦查人员无正当理由拒绝的，可以拒绝签字或盖章。第四，见证人可以要求保障自身安全，对于侦查人员或者其他人的威胁，可以提出控告和检举。第五，见证人有权要求对见证期间的工作给予一定的经济补偿。

（2）见证人的义务：第一，见证人有义务接受见证管理机关指派，对特定侦查行为进行见证的义务。没有特别的理由，不得拒绝见证和中途退出。第二，见证人接受见证委派后，必须认真履行见证工作，对侦查机关的侦查过程细致观察、认真

监督并适当配合侦查机关工作。第三，由于见证工作涉及案件秘密，所以见证人必须对侦查行为进行保密，避免损害当事人的合法权利。第四，按照当事人的要求出庭作证，当事人特别是被告人对侦查行为有异议的时候，需要和见证人进行法庭质证。见证人对侦查行为作出解释，可以确保证据的证明力。

（3）明确违反见证人制度的程序性后果，我国相关法律法规对违反见证程序的行为没有规定相应的程序性后果，这是目前我国实践中现场勘查见证人制度形同虚设的一个重要原因。要完善我国的现场勘查见证人制度就应当加强立法，对违反见证人制度的具体行为规定相应的程序性后果，这样才能起到对侦查机关的约束效果，使其在勘查实践中认真实施见证人制度。实践中侦查人员违反见证人制度的情形多种多样，并且轻重有别，因此可以做出如下规定："侦查人员违反法定见证程序所取得的证据材料，辩方对其真实性提出异议的，证明该证据材料为真实的责任由控方承担；对于法律规定应当由见证人见证的侦查行为侦查人员没有邀请见证人参与见证的，一旦辩方提出异议，侦查人员所获证据材料的证据能力和证明力由法庭根据侦查人员的主观过错、违法性质及程度、证据材料的可信度以及对证明案件事实的影响、本案的其他证据情况等因素进行综合权衡，并且原则上应作出不利于控方的处理决定。"〔1〕针对《刑事诉讼法》第54条中规定的"合理解释"、"补正"，可以做出更为详细的规定："解释是否合理应当根据侦查人员的主观过错、违法性质、程度、证据材料的可信度、是否具有客观原因、对证明案件事实的影响等因素综合评定。"例如专职人员与现场附近群众相结合的见证人制度要求每一个案件的现场勘查

〔1〕韩旭："完善我国刑事见证制度立法的思考"，载《法商研究》2008年第6期。

活动都要有至少一名专职人员与至少一名现场群众对现场勘查活动进行监督，并且见证人主体资格应当符合法律规定，实践中对于违反上述规定而取得的证据材料应当由侦查机关做出说明，没有正当理由的应当被认定为无效。

（四）结语

在追求诉讼文明和程序正义的今天，为了防止因违法取证而造成冤假错案的发生，有必要对侦查机关收集、提取证据的侦查行为进行有效监督。刑事见证制度的设立就是为了规范侦查行为，确保证据取得的合法性和关联性。然而，我国关于见证人的立法规定简单、零散，侦查机关违反见证规范的行为屡屡发生。为了完善我国刑事见证制度，笔者通过对域外见证制度的考察，借鉴了符合我国刑事见证现状的法律规定，对见证人的设立模式、权利义务以及违法见证程序的法律后果等提出了具体的立法建议。当然见证制度的完善还需要侦查人员诉讼理念的转变，需要进一步完善证据制度，需要提高公民的法律意识。相信随着我国法治建设进程的推进，刑事见证制度的完善将逐步提上立法日程，真正体现其应有的价值。

非法证据排除规则的适用与完善

——以何某运输毒品案为例

张雨岚*

一、基本案情

被告人何某，高中文化程度，重庆市某某区人，案发时居住于四川省某某市某某区某小区。2012年5月13日16时许，何某驾驶一辆牌照为某某的棕色标志牌小轿车，与“庆哥”（真实姓名慕某某，在逃）一同由成都驶往重庆。途经成都境内一“壳牌”加油站时，何某驾车驶进该加油站为所驾车辆加添汽油。在加油站期间，“庆哥”在车上从其随身携带的黑色挎包内掏出三包毒品（并言明该三包毒品的具体品类）交给被告人何某，让其帮忙带到重庆，并许诺给予何某5000元报酬。在何某答应后，“庆哥”当场预先支付何某2500元报酬，承诺事成之后支付余下2500元报酬。何某接过三包毒品后，分别放在车子左前门工具槽内（用灰色格子白色花朵图案的毛巾包裹）和车子的后排座位中间活动扶手背后。17时左右，何某独自一人驾驶车辆离开加油站，沿渝遂高速路驶往重庆方向。当日18时30

---

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

分左右，何某驾车通过渝遂高速公路书房坝收费站时被公安民警挡获，并当场从该车左前门工具槽内查获疑似毒品一包（净重：50.56克），从后排座位中间活动扶手储物箱内查获疑似毒品两包（净重：99.864克）。经鉴定：从查获的疑似毒品中检验出甲基苯丙胺成分。

被告人何某到案后，在侦查机关的讯问中，交代了上述案发经过，承认其帮助“庆哥”运输毒品的犯罪行为，并由侦查机关制作讯问笔录记录在案。但在重庆市第二看守所接受检察机关讯问时，何某提出在其公安机关的讯问过程中受到讯问人员的刑讯逼供，不得不承认运输毒品之违法事实，并称案涉毒品非其所有，对毒品在其所驾车辆中也并不知情。

庭审过程中，被告人何某的辩护人亦以相关证据为支撑提出何某受到侦查机关的刑讯逼供，为何某做无罪辩护。

二、争议焦点

一种观点认为被告人何某遭受了刑讯逼供。理由是通过询问与何某一同进入看守所的证人证实，何某进入看守所时身上有伤，证人听何某说起受到了警察的殴打，而书证照片则能够看出现场捉获何某时其身上没有伤痕，书证与何某的说法以及证人证言能够相互印证，证实何某确被殴打过。

另一种观点认为，被告人何某手肘部确实存在过伤痕，但到底是否为侦查机关刑讯逼供所致，没有直接的证据证实。理由是检察机关复核证人证言，证人均表示他们所知道的被告人遭受了刑讯逼供是听他人说的，而非自己亲眼所见，即他们的证据属于传来证据，需要进一步证实。此外，检察机关审查了入所检查表以及侦查机关的情况说明，表明被告人何某在入所时没有明显的体表伤。所以，现有的证据无法证实被告人的伤

到底是否是由侦查机关殴打所致，根据我国刑法的排除合理怀疑原则，被告人何某的证据应当排除。

三、观点透析

在新修改的刑事诉讼法中，从立法层面上首次确立了非法证据排除规则，明确规定了非法证据排除的内容，并设置了操作程序，通过约束侦查部门取证行为对侵犯诉讼参与人特别是犯罪嫌疑人、被告人权利提供了救济措施，是关于人权保障的具体制度。

（一）非法证据规则的认定

非法证据排除规则主要是为了控制国家公权力而设的，对于个人以违法途径取得的证据，原则上来讲并不适用非法证据排除规则。非法证据排除规则来源于英美法，在20世纪初的美国产生。当今世界各国法律中，大都制定了非法证据排除规则。非法证据在我国其含义在学界既有共识，又有争论。定义非法证据的难点在于对何为“非法”的界定。非法证据，根据新《刑事诉讼法》第54条的规定，仅限于采取非法方法取得的言词证据和通过非法取证程序取得的实物证据，至于证据其他方面的不合法不属于此范围。所谓“非法”，应该是指违反了宪法和其他一切法律特别是刑事诉讼法的规定。所以我们对非法证据排除规则应这样理解，非法证据排除规则通常是指在刑事诉讼中，侦查机关及其工作人员使用非法手段取得的证据不得在刑事审判中被采纳的规则。在司法实践中，所有的非法证据都属于排除的范围，但是，对于存在程序瑕疵的证据，如果能够通过其它证据予以补正，那么该项有瑕疵的证据仍然具有证明能力；如果不能通过其它证据予以补正，则应当排除该项证据。

（二）本案结论

通过对本案事实的分析，以及对证据的审查，笔者赞同第

二种观点。就如检察机关复核证人的证言后所显示的情况，没有人真正看见被告人何某被侦查机关殴打的情形，并且根据入所体检表、健康检查表可以证实，被告人并无明显的体表伤，虽然检察机关在提讯被告人何某时确实发现其手肘部位有个大约2厘米左右的结痂，但无法证实伤疤是由何人造成的，所以，侦查机关是否具有刑讯逼供的行为，不能被证实，根据我国刑法对证据的证明标准要求达到排除合理怀疑，当被告人何某的伤无法被解释清楚时，就认定被告人可能遭受了侦查机关的殴打，属于合理怀疑，所以，对被告人何某的供述应当排除。

事实上，法院也确实以何某身上确有外伤，无法排除合理怀疑为由认定何某在侦查阶段的供述为非法证据，以在案其他证据对何某做出了有罪判决。

这一判决结果引人深思。我们不禁会怀疑新刑事诉讼法中规定的非法证据排除标准，即排除合理怀疑，对控方要求是否过高，现阶段中国的侦查水平是否能够满足该要求？从以上案例可以看出我国现行法律设置的不足，现行法律无法满足司法实践的需要。例如，非法证据的提出主体，具体提出事由，如何在实践中认定一项证据为非法等，具体运行程序仍缺乏直接法律依据。因此，对本案的探讨就转化成对我国刑事诉讼非法证据排除规则的认定和实践操作层面的问题。

（三）本案的启示

在本案中，凸显了“非法证据排除”规则的法律规定的程序性漏洞。鉴于刑事诉讼法刚修改不久，而司法实践中非法证据排除规则的程序规则又亟待完善，笔者建议，在现行法律及司法解释的框架下，建立和完善符合我国司法实践的检察环节排除非法证据的模式，完善庭前会议排除非法证据的具体程序构建，在总结实践经验的基础上建立完善非法证据排除规则的

相关配套制度。具体内容如下：

1. 设计检察机关对非法证据排除规则适用的操作程序

笔者建议，可以结合检察机关的具体情况，建立由辩护人——侦查人员——检察人员三方组成的听审结构，构建检察机关使用非法证据排除规则的程序规则。

（1）检察机关非法证据排除程序的启动规则。检察机关依法承担非法证据排除的职责，对于非法收集证据的行为的发现、调查、排除属于其法定职责范围。换言之，检察机关只要发现了非法收集的证据或者知悉了相关的线索，都应当履行其非法证据排除的职能。检察机关启动非法证据排除程序的方式有两种：一是，检察机关“主动发现”，即依职权启动非法证据排除程序；二是，检察机关“被动发现”，即依当事人及其法定代理人、辩护人、诉讼代理人的申请启动非法证据排除程序。检察机关在接到犯罪嫌疑人等有权主体的申请后，应当对该申请先行审查。若发现侦查机关的取证活动确实存在违法之疑问时，应当举行专门的听证会，在侦查机关、犯罪嫌疑人及辩护律师均到场的情况下进行审查判定。若发现侦查机关的取证活动完全合乎法律的规定，应将这一结果及权利救济途径及时告知犯罪嫌疑人及辩护律师。检察机关决定启动非法证据排除程序后，应当在三日内将程序举行的信息及各参加者的权利义务告知侦查机关、犯罪嫌疑人。

（2）检察机关非法证据排除的听证程序。

第一，听证程序的参加主体，检察机关的非法证据排除的听证程序应当在检察机关代表的主持下，由侦查机关代表、犯罪嫌疑人及辩护律师共同参加。就检察机关代表而言，其在听证程序中应处于中立的地位，负责“裁判责任”，目的在于查清是否存在非法取证之事实。检察机关代表的选任应当将相关案

件的控诉检察官排除在外，而由其他与本案无关的检察官担任。控诉检察官可以旁听听证程序，但不得干扰程序的正常进行。侦查机关的代表则应当由实际参与讯问犯罪嫌疑人的侦查人员或者负责案件侦查，对案件情况熟悉了解的侦查人员出任。

第二，证明责任的分配应当参照新刑事诉讼法的规定，由侦查机关承担证明证据收集手段和程序合乎法律规定的责任。原因在于：其一，听证程序的目的在于对证据进行形式合法性审查，侦查机关对此具有十分充分的证明能力与便利的证明条件。将证明责任倒置给侦查机关，更有利于事情真相的还原。其二，在检察机关依职权启动的听证程序中，侦查机关掌握的案件侦查过程中的全面详实的资料更是检察机关查明事实的主要依据。

第三，证明标准的确定，根据《刑事诉讼法》的规定，检察机关在庭审中对证据合法性的证明应当达到“排除合理怀疑”的证明标准。法律基于保护被告人的合法权益作出了如此规定。但是，非法证据排除听证程序设置的目的首先在于查明证据是否具备合法性的基本事实，该程序的证明活动应当围绕着这一目的进行，不仅要达到“排除合理怀疑”的程度，而且要令人充分信服犯罪嫌疑人的有罪供述系侦查人员依照正当法律程序以合法有效的讯问手段并在犯罪嫌疑人自愿供述的情况下取得的，因此，侦查机关所承担的证明责任的证明标准应当适用高于“排除合理怀疑”标准的最高证明标准，即“事实清楚，证据确实、充分”[1]。

第四，在听取其他程序参加者相关意见、审查调查所出示的证据的基础上，检察机关应当就证据的合法性问题，作出决定，并形成书面文件。经过听证程序，检察机关发现侦查机关的取证活动并不存在违法现象，应当作出证据合法的决定；如

---

〔1〕 沈海雁：“检察机关贯彻非法证据排除规则的障碍及问题研究”，华东政法大学 2011 年硕士学位论文。

果发现侦查机关的取证行为存在着严重的违法现象，检察机关应当作出认定证据非法，予以排除的决定。不论结论如何，检察机关都应该在作出决定之日起三日内将决定的内容告知犯罪嫌疑人及其辩护律师。

（3）权利救济途径。侦查机关对检察机关关于排除非法证据的决定有异议的，可以在决定作出之日起七日内向原决定机关提出复议申请，复议期间，不停止有关决定的执行程序；对原决定机关的复议结果不服，可以向原决定机关的上一级检察机关提请复核；上一级检察机关应当立即复核，并及时将复核结果告知侦查机关及犯罪嫌疑人。复议、复核的决定均由检察长或者检察委员会作出。

犯罪嫌疑人及其法定代理人、辩护人对于检察机关不予排除其申请的非法证据的决定有异议的，可以在收到决定书之日起七日内向上一级检察机关申诉，由上一级检察机关进行“二次认定”，上一级检察机关仍维持不予排除的决定的，只能按照正常的诉讼程序经过法院庭审最终决定取舍，或者不经申诉，直接顺势进入审判阶段，由法庭最后裁决〔1〕。

2. 建构我国刑事诉讼庭前会议非法证据排除程序规则

非法证据排除规则确立的目的在于，将以非法手段获取的证据阻却在正式的法庭审理之外，防止非法证据所蕴含的信息呈现在负责定罪量刑的法官面前，进而阻止此类非法证据对负责定罪量刑的法官最终认定被告人是否有罪及科处何种刑罚产生实质性影响〔2〕。

---

〔1〕 玛兴吾、刁岚松：“审查批捕环节排除非法证据的程序构建设想”，载《检察日报》2010年12月17日。

〔2〕 杜学毅：“中国非法证据排除规则构建研究”，吉林大学2013年博士学位论文。

我国司法实践中，通常的做法是将证据合法性程序审查优先于案件实体性裁判进行。然而，这种做法仍不能实质性的切断非法证据中包含的信息对于审判法官心证形成的影响，换言之，非法证据被排除在刑事案件判决书文本之外，却依然构成了法官的心证基础。在这方面，世界各国刑事案件审理中多存在着独立的审前程序对包括证据合法性在内的案件程序和实体问题予以解决。

然而，我国刑事案件审判程序中暂不存在独立的审前程序，另起炉灶式的程序建构必将打破目前我国稳定的刑事案件审判秩序，对我国相对成熟的法院体系也会带来不小的冲击。因此，我国现实的选择是着眼于现有的刑事案件审理程序与制度，实现非法证据与法官心证的实质性分离。庭审会议制度是修订后的刑事诉讼法新增设的庭前程序，但是，法律赋予庭前会议的功能却略显单薄，缺乏实质性的可操作内容。将庭前会议与非法证据排除规则相结合，是我国构建独立的庭前证据形式审查程序的必由之路。下文将就建构我国刑事诉讼庭前会议非法证据排除程序规则提出具体的建议。

（1）庭前会议的启动。在我国现行模式下，法律将庭前会议的启动决定权交由法官掌握。“对于证据材料较多、案情重大复杂、社会影响重大的案件”，审判人员在收到检察机关移送的案件起诉书及全部证据材料后，酌情决定启动庭前会议程序。然而，这一庭前会议的启动模式并不利于证据形式合法性的审理。对此，在保证现有启动模式不变的情况下，笔者建议在被告人或辩护人提出非法证据排除申请情况中，法院应当决定启动庭前会议，对证据形式合法性展开审理。

（2）庭前会议的审理主体。在庭前会议的审查主体上，我国应借鉴域外法律制度的做法，即庭前会议的审查主体的组成人员不得参加案件的庭审程序。如此做法，一方面便于集中审

理，提高诉讼效率，另一方面也能够避免事实审理者的心证受到非法证据的污染。

（3）庭前会议的审理程序。被告人或辩护人向法院提出非法证据排除的申请后，法院原则上应决定是否启动庭前会议程序。然后，法院应指定具体的审判人员组成庭前会议的审查主体，而上述人员不得参加案件的开庭审理程序。被告人或辩护人提出非法证据排除申请时，应当同时提供侦查机关使用非法手段搜集证据的相关线索或者材料。庭前会议对证据收集的合法性的审理应当采取控辩双方共同参加的公开的听证程序。在庭前会议关于证据是否系合法取得进行审查的过程中，人民检察院应当通过出示相关证据材料等方式对证据收集的合法性承担举证责任并应负担举证不能的否定性法律后果。根据会议审理情况，庭前会议有权就证据的合法性问题作出裁定，裁定为非法取得的证据，检察机关不得再作为支持起诉的证据向法庭提交。

（4）庭前会议裁定的救济。被告人及其辩护人未在庭前会议中提出非法证据排除申请的，原则上视为被告方放弃申请排除非法证据的权利，同意使用证据目录所附证据。换言之，即可认定人民检察院提起公诉时一并移送的证据材料均系合法取得。但是，被告方因不可抗力或者正当事由导致没有提出申请的除外，如在庭审过程中才发现相关的线索、材料等，而且为了保障被告人的合法诉讼权益，应当允许被告方在法庭审理过程中有再次提出非法证据排除申请的权利，而且法庭应当进行审查并调查〔1〕。

---

〔1〕 杜学毅："中国非法证据排除规则构建研究"，吉林大学2013年博士学位论文。

非法证据排除规则在审查起诉阶段的适用问题

——以张某某、王某贩卖毒品案为例

刘莎莎*

一、基本案情

犯罪嫌疑人张某某与刘某某商议共同到重庆购买毒品甲基苯丙胺，由张某某出资购买毒品，刘某某负责运输毒品。后张某某委托朋友犯罪嫌疑人王某与重庆的毒品上家文某联系购买事宜。2011 年 3 月 8 日上午，王某与文某在电话中约定好购买毒品冰毒 5000 克。3 月 8 日上午，张某某与其朋友黄某某一道在四川省某市商业银行从刘某某的账户内取款人民币 150 万元。张某某通知刘某某乘车前往重庆，刘某某遂乘坐其朋友孙某某驾驶的车牌号为川 RQ5696 的奇瑞轿车由四川省某市前往重庆，张某某则乘坐由王某驾驶的无牌照的凯迪拉克越野车由四川省某市前往重庆。王某在途中电话联系了文某，约定在重庆北环转盘处同其碰面并查验毒品。碰面并查验毒品后，双方约定在重庆市某区三溪口交货。张某某电话通知刘某某到三溪口，文某联系何某携带 5000 克毒品冰毒，由别某某驾驶车牌号为渝

* 西南大学法学院刑事诉讼法方向硕士研究生。

AQB232的东风本田轿车一起前往三溪口。在三溪口附近一条路边地坝，何某把将毒品交给刘某某，文某到王某驾驶、张某某坐在副驾驶座位的凯迪拉克越野车上取得毒资105万元。刘某某携带毒品返回某市时在渝武高速公路北碚收费站时被公安机关捉获，公安机关当场从其乘坐的奇瑞轿车上查获毒品冰毒5001.4克，张某某、王某驾车逃匿。2011年11月16日15时许，犯罪嫌疑人张某某在某市某区延安路美食街一茶楼内被公安机关抓获归案。2012年5月15日，公安机关在某市中心医院院内将犯罪嫌疑人王某抓获归案。

审查起诉过程中，犯罪嫌疑人张某某提出遭受了刑讯逼供，并向检察院提交了遭受刑讯逼供的情况反映。犯罪嫌疑人张某某的律师也出具了书面意见，提出张某某遭受了刑讯逼供。

认定上述事实的证据如下：

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
第一组证据：书证、物证、称重笔录、鉴定结论等	1. 刑事立案报告表、立案决定书、移送案件通知书等 2. 情况说明、在逃人员登记表、到案经过	2011年3月，公安机关发现张某某伙同刘某某，通过朋友王某由某市来重庆向文某购买毒品。 2011年3月8日17时许，公安机关在渝武高速公路北碚收费站捉获刘某某、张某某并查获冰毒毒品5001.4克，张某某、王某驾车逃匿。	1. 公安机关2011年3月1日对文某、王某贩卖毒品案立案侦查。 2. 刘某某涉嫌运输毒品的事实以及当场被查获冰毒5001.4克的事实。 3. 张某某、王某被上网追逃的事实。 4. 张某某、王某被抓获归案的经过。

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
		2011年3月19日，张某某因涉嫌贩卖毒品罪被上网追逃。 2011年11月16日15时许，张某某在某市某区延安路美食一条街被抓获归案。 2012年5月15日，王某于某市中心医院被抓获归案。	
	3. 现场检测报告书、物证检验报告、毒品称重记录	民警在刘某某乘坐的车内查获毒品5001.4克，并当场称重。 毒品冰毒中检出了甲基苯丙胺。	1. 刘某某涉嫌运输毒品并被民警人赃并获的事实。 2. 毒品的重量为5001.4克。
	4. 电话清单、高速公路通行发票	2011年3月6日、7日、8日，张某某电话与刘某某电话相互之间进行了多次联系。 2011年3月8日下午15时，张某某和刘某某的电话号码同时漫游到了重庆。	1. 张某某、刘某某二人早6日、7日、8日三天间联系频繁且电话都于3月8日下午15时许漫游到重庆。 2. 王某和文某在7日和8日联系频繁。

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
		2011年3月7日、8日，文某与王某之间的通话情况。 2011年3月8日川RQ5696的车辆由13点44分至14点28分从成都南充站至南渝四川站，同日15时4分从兴山站至G75北碚站。	
	5. 查询存款通知书、取款凭证、取款记录查询、扣押物品清单	2011年3月8日12:10:14，黄某某代签名从刘某某账户中取款150万元。 民警在文某处提取到人民币1244800元。	1. 张某某于3月8日中午取款的事实。 2. 文某卖出毒品并货款1244800元的事实。
	6. 户籍证明、刑事判决书、释放证明书、刑事案件执行通知书	张某某曾因抢劫罪和赌博罪被判刑。 刘某某因涉嫌贩卖、运输毒品罪被判刑。	1. 张某某并非初犯。 2. 刘某某贩卖、运输毒品的事实已经得到法院的确认。
第二组证据：证人证言、辨认笔录	刘某某证言和辨认笔录		1. 刘某某与张某某合伙购买毒品，张某某出资105万购买，刘某某运输。

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
			2. 刘某某和张某某的车到重庆后，在北环转盘停了一次，后来在某区三溪口附近交易毒品。 3. 当日有三辆车，除了其自己乘坐的那辆，还有张某某所乘坐的一辆无牌照越野车（张某某坐副驾驶座），一辆红色的送毒品的车。 4. 公安机关在其乘坐轿车的后备厢搜出十包共5001.4克毒品。 5. 通过照片辨认出了笔录中提到的王某和张某某。
	张某某证言和辨认笔录		1.3月8日，张某某开车送刘某某来重庆，并分别在北环转盘和三溪口停车。 2. 张某某的车来的时候没有毒品，回去的时候被公安机关在

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
			后备厢搜出了5001.4克毒品。 3、在照片中辨认出刘某某。
	文某证言和辨认笔录		1. 由王某联系帮朋友文某购买冰毒。 2. 文某于北环转盘附近上车给了王某冰毒样品，当时王某车副驾驶座上坐了一男子。 3. 王某同文某商定的价格为15.5万元一公斤，但王某要求其以21万元卖给其朋友，其中27.5万元的差价由文某带回某市给他。所获毒资105万，有十大捆10万元的，一小捆5万元的，没捆上面都有“某市商业银行”字样的封条。 4. 由别某某开车，何某陪同文某在三溪口附近将10包毒品

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
			（共 5001.4 克）交给了刘某某。 5. 在三溪口交易时，王某车上坐的男子和在北环转盘王某车的副驾驶座上坐的为同一人，且该人还指挥刘某某从文某等人乘坐的车上拿走了毒品。 6. 辨认时，文某辨认出在北环转盘处坐在王某副驾驶座上的男子和三溪口王某车上副驾驶座上的男子为张某某。
	何某证言和辨认笔录		1. 2011 年 3 月 8 日，何某陪同文某一起到三溪口交易毒品。 2. 联系买毒品的是王某，在三溪口时王某开的是一辆越野车，驾驶座上坐了一男子。 3. 交易毒品为五公斤，价格 105 万元，其中

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
			27.5 万元是王某的差价。文某将钱拿给何x某，让其拿回南充交给王某。 4. 收到的毒资上有“某市商业银行”字样的封条。 5. 在照片中辨认车开越野车的人就是王某。
	别某某证言		2011 年 3 月 8 日，文某、何某二人去三溪口交易的事实。
	何x某证言		1. 2011 年 3 月 9 号其与何x某等人被捉获时，手提的棕色行李箱里有现金 124.5 万元。 2. 2011 年 3 月 8 号何某让其将该行李箱带回某市并交给一个人。
	何某证言		1. 3 月 8 号交易了两笔，一笔为毒品 5 公斤，毒资 105 万元；

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
			一笔为毒品一公斤，毒资十几万。毒资被装进同一个箱子里。 2. 毒资的处理由文某安排。
	刘某证言		捉获何x某等人时，行李箱内共有毒资124.5万元，其中十万元一捆的有十捆，一小捆的有五万元。每捆现金上有“某市某银行”字样的封条。
	李某某证言		1. 刘某某欠张某某的钱，张某某是吸毒人员。 2. 由于资金不到位，政府对外竞拍的土地没有竞拍到手，不存在青苗费的说法。 3. 通过照片，辨认出了证言中所说的张某某和刘某某。

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
第三组证据：犯罪嫌疑人的供述和辩解	王某的供述和辩解		1. 王某和张某某由南充到过重庆，先到的江北，再到达北碚三溪口。 2. 张某某到重庆的原因是他要朋友帮其带肉过来。
	张某某的供述和辩解		1. 2011 年 3 月 8 日在某市商业银行取款 150 万元。 2. 到重庆的目的是向刘某某收款，向刘某某借款 150 万元的目的是用于房产开发赔偿青苗费，其后钱用于网上赌博。 3. 在北碚收费站，其逃匿的原因是以为刘某某帮其带的枪支被公安机关查获了。
第四组证据：排除非法证据的依据	在押人员入所健康登记表，看守所入所健康表，红十字医院、红楼医		张某某于 2011 年 11 月 16 日被捉获归案，在进入看守所时，双手腕皮肤破损，

续表

证据类别	证据名称	证据内容	证明事实
	院健康检查表、出入院记录，外伤照片等		部分结痂，双足根部各有一长约3厘米的裂口，有部分溃烂。

二、争议焦点

张某某的供述笔录是否属于非法证据？辨认笔录和指认现场笔录作为非法证据排除是否具有合理依据？非法证据排除后是否影响对本案的认定？

三、观点透析

非法证据排除制度发端并成熟于美国的刑事审判领域，而后为各国刑事民事审判领域所借鉴。1998 年，最高人民法院颁布的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 61 条首次对非法言词证据的排除做出了规定。2010 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《非法证据排除规定》和《办理死刑案件证据规定》，对于非法证据的内涵和外延、范围，证明责任的分配，非法证据的裁判和排除程序都做了较为细致的规定。2012 年非法证据排除规定被写入《刑事诉讼法》，填补了非法证据排除规则在全国人大立法层面的空白，这是我国在非法证据排除问题中的巨大进步，也是尊重和保障人权在立法上的重要体现。而后，最高人民法院颁布了《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》、最高人民检察院颁布了《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》、公安部颁布了《公安机关办理刑事案件程序规定》，

进一步对非法证据排除规则进行补充和完善，这些解释和规定，对于非法证据的排除，一般证据的收集、提取、保管都有重大的规范和指导意义。

（一）非法证据排除规则的适用范围

1. “强制性的排除”与“自由裁量的排除”

在证据理论法上，“强制性的排除”和“自由裁量的排除”是非法证据排除规则的两种基本的分类。所谓“强制性的排除”，是指某一证据一旦被认定为“非法证据”，即失去证据资格，被排除于法庭之外，法官没有排除与否的自由裁量权。所谓“自由裁量的排除”，即便某一证据被确认为“非法证据”，也不必然否定其证据资格，而是要考虑取证行为是否严重违反法律规定、是否造成影响司法公正的后果、损害法益的严重性等多方面因素，进行综合的考量和利益的权衡后再做出排除与否的决定。“强制性的排除”和“自由裁量的排除”规则在我国已经得以确立，适用这两个规则的证据即为非法证据。

对于非法证据适用强制性排除规则主要是考虑到一些非法取证行为要么违反了法律的禁止性规定，要么侵犯了重要的法益，要么是造成了严重的后果，对于这类违法侦查行为所获得的证据，必须要无条件宣告无效，才能达到制裁程序性违法行为，实现司法公正的效果。《刑事诉讼法》第54条规定，采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。由此可见，适用强制性排除规则的主要是法定的非法言词证据，包含了犯罪嫌疑人、被告人供述，证人证言和被害人陈述。但是，需要注意的是，强制性的排除后果并不仅仅适用于上述非法言词证据。《办理死刑案件证据规定》对于更多的非

法言词证据和非法实物证据都确立了强制性的排除后果。[1] 如《办理死刑案件证据规定》第 9 条、第 12 条、第 13 条、第 19 条、第 20 条、第 24 条、第 28 条、第 30 条对适用强制性排除规则的非法证据进行了规定，即不得作为定案根据的证据主要有：经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证，未附有勘验、检查笔录，搜查笔录，提取笔录，扣押清单，不能证明物证、书证来源的证据；以暴力、威胁等非法手段取得的证人证言或明显处于醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态，不能正确表达的证人所提供的证言；询问证人没有个别进行或者没有经证人核对确认并签名（盖章）、捺指印的书面证言，应当提供翻译而未提供而获得的证言；鉴定机构或鉴定人不具备法定的资格和条件、鉴定事项超出本鉴定机构项目范围或者鉴定能力而做出的鉴定意见；经审查或者鉴定无法确定真伪的视听资料；辨认活动没有个别进行、辨认没有在侦查人员主持下进行、辨认前使辨认人见到辨认对象或者辨认中给辨认人明显暗示或者明显有指认嫌疑的辨认结果……

相对于适用强制性排除规则的非法证据，自由裁量排除规则主要适用于侦查行为轻微违法而获得的证据。我国《刑事诉讼法》第 54 条规定，收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。自由裁量排除规则适用对象主要为非法实物证据，实践中，这一类证据往往具有较强的证明力，对于证据链条的形成和真相的查明起着重要作用，如果一律加以排除，未免会起到削弱证据体系，阻碍真相查明的反效果。因此，对于这些非法实物证据，法官需要在

---

[1] 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社 2012 年版，第 290 页。

程序性违法与程序性制裁相均衡的原则指导下，综合考量侦查行为是否严重违反法律规定，是否造成影响司法公正的后果等诸多要素，本着“两害相权取其轻”的原则，做出是否排除的决定。

2. 非法证据与瑕疵证据

瑕疵证据是指侦查人员在收集证据过程中存在轻微违法情形，但通过作出合理解释或说明后，可以用作定案根据的证据。[1] 当前我国刑事证据法上建立起来的强制性排除规则和自由裁量的排除规则所适用的对象都是非法证据，相对于适用这两种排除规则的“非法证据”，瑕疵证据中暴露出的主要是那些在程序方法、步骤、地点、场所、时间、签名等技术环节存在违法的调查取证行为（如询问时没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名、询问的起止时间或者询问地点不符合规定的、讯问笔录中讯问人没有签名或首次讯问笔录没有记录告知被讯问人诉讼权利内容的、辨认时主持辨认的侦查人员少于二人等），违法情节显著轻微，因此理论上也并不将其作为非法证据对待，同时我国刑事证据法针对这些程序瑕疵的证据确立了专门的排除规则——可补正的排除规则。

实践中，司法机关常会模糊非法证据和瑕疵证据的界限，以排除非法证据的名义排除了诸多瑕疵证据，扩大了法定的非法证据的范围，这对于证据体系的形成和事实真相的查明都产生了消极影响。因此，应当正确界定瑕疵证据，严格遵守法律规定，给予公诉方对那些程序瑕疵以补救的机会。如《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第 9 条（物证、书证）、第 14 条（证人证言）、第 21 条（讯问笔录）、第 26 条（勘验、检查笔录）、第 30 条（辨认）都规定了对于存在程序瑕

〔1〕 闵春雷：“非法证据排除规则适用问题研究”，载《吉林大学社会科学学报》2014 年第 2 期。

疵收集的证据，经过合理的解释和说明，可以采用。

(二) 排除非法证据的主体与非法证据排除的启动方式

1. 排除非法证据主体

审前阶段排除非法证据主体。《刑事诉讼法》第54条第二款规定，在侦查、审查起诉、审判时发现应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。由此可见，我国排除非法证据的义务机关除了法院，还有公安机关和检察院。在修改刑事诉讼法的过程中，曾有意见提出，非法证据的排除是法庭的职责，公安机关和检察机关不存在排除证据的问题。最终立法机关没有采纳这一意见。[1] 同时，《公安机关办理刑事案件程序规定》第67条和《人民检察院刑事诉讼规则（试行)》第65条分别对公安机关和检察机关排除非法证据的义务作出了规定。其实立法最后这样规定也在情理之中：其一，从诉讼效率的角度出发，考虑到我国司法资源紧张的现状，对于非法证据，能在侦查阶段排除的便不拖延到审查起诉阶段，能在审查起诉阶段排除的便不拖延到审判阶段，能在庭前会议中排除的便不拖延到庭审阶段，能在一审阶段排除的便不拖延到二审阶段。对于非法证据，倘使公安机关和检察机关在审前阶段能够主动的排除，就免去了当事人的申请和证明的环节，审判阶段法院也不会专门针对非法证据开展法庭调查，进行“审判中的审判”，大大地缩短了诉讼时间，提高了诉讼效率。其二，从强化职权的角度出发，我国立法对公安机关和检察机关在审前阶段的非法证据排除义务作出了明确的规定，尤其是检察机关，不仅是非法证据的预防主体和监督主体，同时也是非法证据的排除主体和证明主体，审前阶段能

---

〔1〕 李寿伟：“非法证据排除制度的若干问题”，载《中国刑事法杂志》2014年第2期。

依法排除非法证据，是其积极履行法定职权的表现。

审判阶段排除非法证据主体。《刑事诉讼法》第54条第二款规定可知，在审判阶段，法院具有排除非法证据的义务。对于法院于审判程序中选择在哪个阶段适用非法证据排除程序，我国《刑事诉讼法》做了如下的规定：在开庭审理前，人民法院经审查对证据收集的合法性有疑问的，应当按规定召开庭前会议，就非法证据排除等问题了解情况，听取意见；在法庭审理过程中，对证据收集合法性的调查，根据具体情况，可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行。理论上争议较大的便是庭前会议能否解决非法证据排除的问题，主要存在三种观点：第一种观点认为审判人员在庭前会议中不能对非法证据作出实质性的处理，庭前会议作为庭前准备程序的一部分，法律明确规定其召开的目的是为了"了解情况，听取意见"，且该会议并非所有审判组织人员和诉讼参与人员都参加，在诉讼参与人未参加的情况下便对非法证据予以排除，不符合程序正当的原则。第二种观点认为庭前会议可以对非法证据予以实质性处理，根据《刑事诉讼法》解释第99条，在庭前会议召开后，人民检察院可以通过出示有关证据的方式对证据的合法性予以证明。第三种观点认为，为了兼顾效率与公平，庭前会议可以解决控辩双方争议不大并能达成合意的非法证据排除问题；双方争议较大或不能达成合意的，从保护被告人合法权益的角度出发，应当在庭审中予以解决。

2. 非法证据排除的启动方式

审前阶段非法证据排除的启动方式。前面提到了我国立法对公检法机关排除非法证据之义务的规定，同时，《刑事诉讼法》第159条和170条分别规定了要求公安机关和检察机关听取犯罪

嫌疑人及其辩护律师的意见的程序，也就是说，在审前阶段，当事人和辩护律师可以以“意见”的形式启动非法证据排除程序。由此可见，对于审前阶段的非法证据排除，我国采取“职权启动为主，诉权启动为辅”的模式，同其他法治国家主要以诉权启动为主不同，我国更加侧重职权启动和职能作用的发挥，这主要是由我国的司法现状决定的。当前我国的刑事司法实践中，审前程序中的当事人及其律师的权利受到诸多限制，程序参与的机会较少，相对于强大的公权力机关，力量相当薄弱，申请启动非法证据排除难度较大，因此需要公安机关和检察机关发挥职权作用以弥补当事人弱势的不足。

审判阶段非法证据排除的启动方式。根据《刑事诉讼法》第56条的规定，对于非法证据，审判人员可以根据审判过程中发现的情况依职权主动启动非法证据排除程序，当事人及其辩护人、诉讼代理人也可以向法院申请启动非法证据排除程度。由于审判阶段的非法证据排除多依赖当事人及其辩护人、诉讼代理人提出申请，因此该条法律规定具体运用到实践中便形成了“诉权启动为主，职权启动为辅”模式。

（三）非法证据排除规则的适用后果

1. 相关法律的规定

对于非法证据排除规则的适用后果，《刑事诉讼法》第54条第2款规定，在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。《公安机关办理刑事案件程序规定》第67条第3款规定，在侦查阶段发现有应当排除的证据的，经县级以上公安机关负责人批准，应当依法予以排除，不得作为提请批准逮捕、移送审查起诉的依据。《人民检察院刑事诉讼规则》第65条第1款规定，对采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人

供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当依法排除，不得作为报请逮捕、批准或者决定逮捕、移送审查起诉以及提起公诉的依据。第66条第1款规定，收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，人民检察院应当及时要求侦查机关补正或者作出书面解释；不能补正或者无法作出合理解释的，对该证据应当予以排除。《高法解释》第102条规定，经审理，确认或者不能排除存在《刑事诉讼法》第54条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。由此可见，以刑讯逼供等非法手段获取的证据由于严重损害了公民的基本权利和司法的公正性，因此需要否定其证据能力，将其排除在诉讼轨道之外，在诉讼中不得作为证据使用。

2. "毒树之果"规则的适用

"毒树之果"理论源于美国，"毒树"指的是以刑讯逼供等非法手段收集的证据，"果"指的是以该"毒树"为线索收集的其他派生证据。根据"毒树之果"原则，在对证据进行审查的时候，不仅要排除第一手的非法证据，对以第一手证据为线索"顺藤摸瓜"而获得的第二手证据，也应当予以排除。我国2012年《刑事诉讼法》吸收了"两个证据规定"关于非法证据排除的相关内容，在确立非法证据排除规则时却又刻意规避了非法证据排除规则的有机组成部分——"毒树之果"的问题，使得该问题成为立法上的空白。在《非法证据排除规定》制定之初，我国也曾对"毒树之果"问题作过规定，"对于以前两款的证据为线索取得的证据，法庭根据取证行为违法的程度和案件的具体情况决定能否作为定案的根据。"但考虑到实际情况十分复杂，最终删除了此款内容。[1] 根据文义和立法目的对法条

---

〔1〕 林国强："论毒树之果在我国刑事诉讼中的适用空间"，载《河北法学》2013年第10期。

进行解释，可知当前我国的刑事诉讼制度中，非法证据的排除不包括非法言词、实物证据的派生证据。因此，“毒树之果”适用非法证据排除规则并没有可倚仗的法律依据。

然而，作为“毒树之果”规则是非法证据排除规则有机组成部分，缺少了“毒树之果”规则的非法证据排除规则必然是不完整的，刑事司法实践中也会出现规避或架空非法证据排除规则的情况：第一种情况，侦查人员通过刑讯逼供获取犯罪嫌疑人的供述，其真实目的不过是为了以供述为线索，进一步获取其他实物证据，即便最后犯罪嫌疑人的供述被排除了，通过实物证据仍然具备证据能力，对定案没有影响；第二种情况为反复自白，犯罪嫌疑人的初次有罪供述是以刑讯逼供等非法方法获得的，而后利用刑讯逼供等非法方法的持续影响，通过合法的讯问程序，再次获得形式上合法的有罪供述。反复自白效力究竟如何，学界尚存争议，不过实务部门还是普遍认同反复自白的效力，主张被追诉人在刑讯逼供等非法方法之下做的有罪供述应排除，在其后合法讯问程序之下的有罪供述仍具有可采性。之所以出现上述两种情形，主要还是因为当前我国侦查人员仍受“口供中心主义”的观念影响和“以供促证”的取证模式驱使，外在表现便是从侦查策略上规避非法证据排除规则的适用，消减非法证据排除规则的效果。

“毒树之果”规则虽则并未以立法的形式予以明确，然而刑事司法实践中却也出现了适用“毒树之果”规则的初步尝试。如被称为全国首例非法证据排除案的浙江宁波章国锡受贿案便是一个典型的排除重复供述的例子：该案中，检控方向法院移交了23份审前讯问笔录，章国锡的辩护人在辩护词中称在这23份讯问笔录中，第12份和第13份讯问笔录是在2010年12月20日到23日这四天中持续的不分白天黑夜的疲劳审讯下得到

的，其后得到的10份与第12份、第13份内容相同的讯问笔录，也是被告人在前述刑讯逼供的持续影响下给予恐惧心理才做出的。最后，一审法院以检方没有提供足够证据证明被告人审前有罪供述的合法性为由将所有审前供述排除了，二审期间，宁波中院认为被告人的审前有罪供述并非在刑讯的情况下做出的，其审前有罪供述具有可采性，但是对于一审法院排除章国锡审前有罪供述的做法也予以了认可，认为其符合法律、司法解释的规定。

（四）非法证据排除规则在本案中的应用

首先，张某某的供述笔录是否属于非法证据？本案在审查起诉过程中，张某某向检察院书写了遭受刑讯逼供的情况反映，张某某的律师也出具了书面意见，提出张某某遭受了刑讯逼供，对此，人民检察院依据《人民检察院刑事诉讼规则》第68条的规定，及时地受理了非法证据排除申请；依据《人民检察院刑事诉讼规则》第70条的规定，通过调取讯问笔录，调取、查询犯罪嫌疑人出入看守所的身体检查记录及相关材料等方式，对公安机关证据收集的合法性进行了审查；经审查发现，犯罪嫌疑人张某某于2011年11月16日被捉获归案，供述笔录的形成时间为2011年11月17日，11月24日，11月25日，供述笔录获得的地点在高新区分局，根据看守所的检查登记表及提供的张某某的外伤照片，红楼医院、重庆市红十字医院的诊断病例等材料，证实了自2011年11月25日——最后一次供述笔录形成之日起，张某某即不断进入医院进行治疗，伤情经诊断为双足跟腱外露伴感染，双腕皮肤损伤伴感染。结合全案的证据来看，对于张某某的供述笔录的收集的合法性，人民检察院难以排除其是非法获得的合理怀疑，因此根据《人民检察院刑事诉讼规则》第65条的规定，对于张某某的供述笔录予以排除。

其次，辨认笔录和指认现场笔录作为非法证据排除是否具

有合理依据？笔者认为，本案经过查证后认定在获取张某某的供述过程中存在非法取证的可能，继而排除了依托于犯罪嫌疑人的供述获得的辨认笔录和指认现场笔录，是检察机关适用“毒树之果”规则的典型例子。不仅排除通过非法手段得来的第一手证据，同时也应排除由第一手证据获得的派生证据的合法性，这是“毒树之果”规则的本质要求。当前我国未以立法的形式对“毒树之果”规则予以明确，司法实践中对于这类“派生证据”往往是交给实务部门自由裁量解决的，因此刑事司法实践出现了适用“毒树之果”规则的尝试。但是，我国法律有规定，“禁止刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗或以其他非法的方法收集证据”，这已经表明了侦查机关在行使侦查权的过程中，绝对不能以侵害公民的基本权利为代价。检察机关不仅仅是法定的公诉机关，更是法律监督机关，其有义务对公安机关在侦查环节的非法取证行为进行规范和监督。从人权保障理念出发，从维护司法公正性和权威性的角度来看，本案“毒树之果”规则的适用是合情合理的，是检察机关贯彻非法证据排除规则，履行法律监督职能的应然结果。

最后，当张某某的供述笔录、辨认笔录和指认现场笔录被作为非法证据排除以后，对本案定案将产生怎样的影响？本案是一起典型的“零口供”案件，所谓“零口供”，不是没有口供，而是犯罪嫌疑人否认其参与实施或实施犯罪行为的口供，主要分为以下两种情形：其一，犯罪嫌疑人否认其主观上具有实施犯罪行为的明知；其二，犯罪嫌疑人从根本上否认其实施了犯罪行为。在审查起诉阶段对本案证据进行审查时，对于是否起诉张某某，形成了两种意见：一部分人认为现有证据确实、充分，应当以贩卖毒品罪起诉张某某；另一部分人认为是现有证据仍无法达到起诉标准，对张某某存疑不诉。以上分歧意见

反映了实践中对“零口供”案件的不同认识，存在着更深层次的学理和实务操作的问题。我国《刑事诉讼法》第53条规定，对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。然而，不容怀疑的是，犯罪嫌疑人的供述作为法定证据之一，在刑事案件中对于证明案件事实具有不可估量的作用。犯罪嫌疑人作为案件的可能的亲历者，对于自己是否犯罪以及如何实施的犯罪，比其他任何人都清楚，犯罪嫌疑人的口供如果能够相互比照、印证，对于定案具有非常重要的作用。我国长期以来十分的迷恋、依赖口供，将其誉为“证据之王”，一旦有了口供，又能够收集到其他证据加以印证的话，定案将十分容易，反之，没有口供，侦查人员心里会不踏实，检察人员在起诉时也会变得提心吊胆，其导致的直接后果便是在侦查阶段频频出现的刑讯以逼取口供。诚然，“零口供”的情况下，审查起诉将更具挑战和风险，但就本案而言，即便没有犯罪嫌疑人张某某的供述，本案也有其他的直接证据和间接证据，这些证据之间环环相扣、相互拼接、相互印证，形成证据锁链，通过证据能够塑造出本案主要的案件事实，证据依然达到了确实、充分的标准，可以定案。

本案是有直接证据的“零口供”案件，证人刘某某、文某的证言基本能够还原犯罪行为的整个过程，直接指认张某某实施了犯罪行为，下面笔者就围绕刘某某、文某的证言，结合其他证据，构建本案的证据体系，重塑本案案件事实。其一，张某某是否具有贩卖毒品的动机？证人李某某证实，张某某本人吸毒且喜好打牌，欠下很多赌债。李某某和张某某合伙竞拍政府的一块地，为了充实资金，其让张某某尽快将赌债还上。张某某和刘某某的电话清单可以证实，在购买毒品的当日和前两日，张某某与刘某某联系频繁。张某某具有贩卖毒品的动机和

参与实施贩卖毒品的嫌疑。其二，2011年3月8日中午，张某某是否取款150万？经查询存款通知书、取款凭证和公安机关出具的情况说明可以证实，在2011年3月8日中午12点左右，在某市以商业银行，张某某通过由黄某某代签名，从刘某某账户中取走了150万。且张某某本人也承认3月8日当日取走150万的事实，对这一事实，张某某供述稳定。其三，张某某是否乘坐王某的凯迪拉克，与刘某某一起来到重庆并直接参与交易毒品？根据刘某某的证言证实，3月8日13时许，张某某打电话叫其出发。张某某乘坐的王某的凯迪拉克越野车，副驾驶位，与其一起来到重庆。刘某某和张某某各自所乘坐的车在北环转盘处停了一次，而后又去了某区三溪口。张某某和刘某某的电话清单显示，3月6、7、8日，二人之间联系频繁，且3月8日下午15时许，二人的电话号码同时漫游到重庆。高速公路通行发票显示，3月8日13点至15点间，刘某某所乘坐的轿车由南充方向开往了重庆，刘某某的证言证实可信。根据文某的证言可以证实，毒品交易当日，北环转盘处毒品的验货和某区三溪口毒品的交易环节，在王某越野车副驾驶座上的男子为同一人，后经文某辨认，此人为张某某。公安机关警员证实，在查获毒品交易当日，有一无牌照的凯迪拉克越野车逃匿。根据生活经验和常理分析，5公斤的毒品交易不可能有无关人员在场，但根据证人证言可知，无论是验货环节还是交易毒品环节，张某某均在场并现场指挥交易，由此可以得出毒品交易当日下午，张某某来过重庆并参与交易毒品的唯一结论。其四，张某某是否通过王某购买毒品？刘某某的证言证实，毒品是通过王某从他的上家那里购买后转卖给他们的。文某的证言证实，其与2009年与王某相识并知道他在贩毒。2011年3月4日，其主动联系王某，让其帮忙寻找下家，王某答应。2011年3月7日，王某

与其联系购买毒品。文某的通话清单也显示，3 月 8 日当日，文某与王某联系频繁。文某证言还证实，交易当日王某开着凯迪拉克来到重庆，王某告知其是帮朋友购买毒品并吃差价。何某证言证实，交易当日，坐在凯迪拉克越野车驾驶座上的是王某，当日所获毒资 105 万元，听文某说其中有 27.5 万是王某的差价，回去后要交给王某。何 x 某的证言证实，买箱子装钱是为了回南充交给一个人（即王某）。由此得出王某参与此次毒品贩卖交易的案件事实。其五，公安机关查获的 105 万毒资是否来自张某某？经证人李某某证实，刘某某曾经开过赌场和歌城，其欠下张某某很多钱，根据刘某某的证言，刘某某证实其因为欠张某某钱，因而答应与其一起贩卖毒品，由张某某出资，刘某某运输，毒资可以排除来自刘某某的可能。对于张某某辩称的该 150 万是拿来偿还青苗费的说法，经证人李某某的证言证实，土地竞拍当日，因资金不到位且找不到张某某，因而竞拍失败，没有得到土地，不存在青苗费的问题，因而张某某的辩解不成立。对于张某某辩称的在某市商业银行取款是用于网上赌博的辩解，公安机关调查后出具的情况说明显示并不存在这一种情况，因而张某某的辩解不成立。根据证人文某、何某、公安干警刘某的证言，可以证实查获的毒资封有“某市商业银行”字样的封条。再结合前面张某某取款并来到重庆进行毒品交易的事实，可以认定该 105 万毒资与 3 月 8 日中午张某某在某市商业银行取出的钱为同一笔。

由此可见，即便没有张某某的供述，本案其他证据也能相互印证，形成完整的证据锁链，还原主要的案件事实，可以得出张某某参与实施毒品犯罪的唯一结论。

新刑诉背景下监视居住的困境与完善

——以李某某贩卖毒品案为例

梁张倩* 罗 婷**

一、基本案情

犯罪嫌疑人李某某于2014年1月9日凌晨接到证人徐某某的电话，说要买600元的冰毒，约定在某中学附近交易。李、徐二人在某中学门口碰面，徐某某将民警事先准备好的591元交给李某某，李某某接过钱后将上衣口袋里的两包冰毒交给徐某某。交易完成后二人被民警当场抓获，民警当场从徐某某身上搜出冰毒两包，从李某某身上搜出贩卖毒品所得毒资591元。随后民警在见证人的见证下对毒品和毒资进行了检查、扣押以及称重，并让李某某和徐某某进行了相互辨认。经鉴定，李某某贩卖给徐某某的两包物品为冰毒。公诉机关承办人认为：犯罪嫌疑人李某某明知是毒品而予以贩卖，涉嫌贩卖毒品罪，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第172条之规定，应依法提起公诉。审查起诉期间犯罪嫌疑人李某某被采取监视居住，但经检察机关通知不到案。退回公安机关通知犯罪嫌疑人到案，

* 西南大学法学院刑事诉讼法方向硕士研究生。

** 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。

仍然未找到犯罪嫌疑人，检察机关决定对本案中止审查。

二、问题所在

本案中犯罪嫌疑人被采取了监视居住，但审查起诉的过程中却无法通知到案，导致检察机关不得不对案件中止审查。不禁让人提出疑问，为何被监视居住仍然会难以找到犯罪嫌疑人？通过本案，笔者拟在2012年刑诉修改的背景下反思我国现行监视居住制度的立法以及司法困境，并对学界存在的监视居住制度废除论进行反驳，提出监视居住制度今后的改革路径。

三、法理分析

（一）立法的变化

现行监视居住制度是一种介于取保候审和逮捕之间的强制措施，从1979年第一部刑事诉讼法到现在，监视居住一直发挥着它的作用。作为上层建筑的法律法规，必定与一定的社会经济基础相适应，同时又与政治、文化意识背景相联系。一项法律法规的出台，是这几项因素的综合作用的结果：一是高度集中的计划经济体制背景；二是特殊的基层群众组织；三是群众“司法权”的合理存在。[1] 1979年监视居住制度的出台和当时的社会背景有很大的关系，1979年第一部刑事诉讼法对于监视居住的规定很少，只在第38条规定了“人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。被监视居住的被告人不得离开指定的区域。监视居住由当地公安派出所执行，或者由受委托的人民公社、被告人的所在单位执行。对被告人采取取保候审、监视居住的，如果

[1] 姚玉林、张伟：“监视居住强制措施存在的合理性分析”，载《检察实践》2004年第2期。

情况发生变化，应当撤销或者变更”。可见，在第一部刑事诉讼法制定时，“群众司法权”的存在对监视居住这一制度的产生有很多影响。随着社会的发展，1996 年刑事诉讼法在第 51 条取消了人民公社、被告人所在单位执行监视居住的权利，将该权利收归公安机关所有。并且，纵观 1979 年到 2012 年刑事诉讼法，可以看出，监视居住与取保候审的适用条件经历了一个由趋同走向分化的过程。〔1〕1979 年刑事诉讼法对于监视居住和取保候审的适用条件没有做出区分，1996 年刑事诉讼法对于二者的适用条件也没有做区分，但在第 53 条提出应当责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金。同时，1996 年刑事诉讼法将监视居住的执行地点由 1979 年的“指定的区域”改变为“住所”或者“指定的居所”。该改变看似试图将二者做个区分，但由于法条所规定的监视居住和取保候审适用情形一样，二者在适用上仍然混同。看起来适用情形一致的两种强制措施，监视居住却更多地被限制人身自由，不禁让人质疑难道没钱交保证金并且没有保证人就应该更多地被限制人身自由么？立法者在 2012 年刑事诉讼法中开始对取保候审和监视居住进行了实质上的区分，在法条中对监视居住的适用增加了一个前提性的条件，即要“符合逮捕条件”，同时对于二者的适用情形分别做出了不同的规定。〔2〕因此我们可以理解为根据现行刑事诉讼法，社会

---

〔1〕 左卫民：“反思监视居住：错乱的立法与尴尬的实践”，载《学习与探索》2012 年第 8 期。

〔2〕 2012 年《刑事诉讼法》第 65 条：人民法院、人民检察院和公安机关对有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审：（一）可能判处管制拘役或者独立适用附加刑的；（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审不致发生社会危险性的；（三）患有严重疾病生活不能自理，怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女，采取取保候审不致发生社会危险性的；（四）羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取取保候审的。

危险性较低的轻微犯罪应当适用取保候审，对于符合逮捕条件的社会危险性大的犯罪在符合法律规定的情形下应该适用监视居住。监视居住制度的立法经历了很大的变化，是否修改后的现行刑诉中监视居住的制度设计非常完美呢？在实践中监视居住的适用是否发生了改变呢？笔者认为虽然立法一直在改，但由于本身的一些立法缺陷以及配套制度的不完善，监视居住制度的很多弊病仍然存在。

（二）监视居住面临的现实困境及原因

首先，监视居住适用率低。在司法实践中，监视居住的适用率可以用“稀少”一词来概括。[1]在1996年刑事诉讼法修改之前，监视居住的场所基本设在公安机关的羁押场所，如看守所、羁押室等，因而监视居住这一强制措施经常被滥用。随着立法将监视居住限于公安机关以外的场所，监视居住的适用率变得越来越低。

其次，监视手段两极化，执行操作性差。我国现行刑事诉讼法规定的监视居住地点为犯罪嫌疑人或者被告人的住所或者指定居所，从而造成实践中嫌疑人要么在指定的居所被监视居住，从而被变相羁押，要么在自己的住处被监视居住，从而放

（接上页）第72条：人民法院、人民检察院和公安机关对符合逮捕条件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以监视居住：（一）患有严重疾病、生活不能自理的；（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；（三）系生活不能自理的人的唯一扶养人；（四）因为案件的特殊情况或者办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的；（五）羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取监视居住措施的。对符合取保候审条件，但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保证人，也不交纳保证金的，可以监视居住。

〔1〕 马静华、冯露：“监视居住：一个实证角度的分析”，载《中国刑事法杂志》2006年第6期。

任自流缺乏监管。[1] 对犯罪嫌疑人、被告人在其住所采取的监视居住，根据公安部2013年施行的《公安机关办理刑事案件程序规定》，固定住处是指被监视居住人在办案机关所在的市、县内生活的合法住处，[2] 公安机关对被监视居住人，可以采取电子监控、不定期检查等监视方法对其遵守监视居住规定的情况进行监督；在侦查期间，可以对被监视居住的犯罪嫌疑人的电话、传真、信函、邮件、网络等通信进行监控。[3] 虽然可以采取电子监控的方式，但仍然不足以对嫌疑人的行踪进行监视，公安机关人员也不可能24小时守候在被监视居住人的住所外，因此对于在住所执行的监视居住基本上处于放任不管的状态。就如本案中李某某涉嫌贩卖毒品罪，对其采取了监视居住的强制措施，在审查起诉的阶段竟然不能将其通知到案，案件不得不中止审查。因此在住所执行的监视居住很少被侦查机关适用，一般在此种情况下的监视居住往往是无奈之举。[4] 相反地，对于在指定居所执行的监视居住常常会成为一种变相的羁押方式，与监视居住所承担的非羁押性替代措施的性质背道而驰。指定

---

〔1〕 李钟、刘浪："监视居住制度评析——以2011年《刑事诉讼法修正案（草案）》为视角"，载《法学杂志》2012年第1期。

〔2〕《公安机关办理刑事案件程序规定》第108条规定：固定住处，是指被监视居住人在办案机关所在的市、县内生活的合法住处；指定的居所，是指公安机关根据案件情况，在办案机关所在的市、县内为被监视居住人指定的生活居所。指定的居所应当符合下列条件：（一）具备正常的生活、休息条件；（二）便于监视、管理；（三）保证安全。公安机关不得在羁押场所、专门的办案场所或者办公场所执行监视居住。

〔3〕《公安机关办理刑事案件程序规定》第112条规定：公安机关对被监视居住人，可以采取电子监控、不定期检查等监视方法对其遵守监视居住规定的情况进行监督；在侦查期间，可以对被监视居住的犯罪嫌疑人的电话、传真、信函、邮件、网络等通信进行监控。

〔4〕 李钟、刘浪："监视居住制度评析——以2011年《刑事诉讼法修正案（草案）》为视角"，载《法学杂志》2012年第1期。

居所后的监视在实践中基本被侦查人员转化为一种物理强制，从而模糊了与羁押的界限。[1] 立法者也意识到了这个问题，因而在2012年新的刑事诉讼法中，规定了指定居所监视居住的期限应当折抵刑期。但又有学者认为这一规定显然又制造了监视居住制度的内在矛盾，即监视居住的执行因被监视居住的嫌疑人是否有固定的住处而有了在嫌疑人被告人的住处与指定的居所执行的差别，前者被认为系非羁押性强制性措施，后者则被认为系羁押性强制性措施，从而有了天壤之别，并使监视居住作为一种非羁押性强制措施的定位受到动摇和质疑。[2]

造成监视居住存在以上困境的原因：(1)执法成本高。在羁押场所以外适用监视居住警力耗费较大、经费支出较高，这构成最重要的限制性因素。[3] 为了防止被监视居住人的逃脱，执行机关人员需要24小时进行监控，但显然这样的要求是不现实的，为了社会危险性不是那么高的嫌疑人，大量人力物力被浪费。结合当下执法机关的财力、物力等现实情况，进行24小时全天候的监视居住是很难做到的。同时由于先进的技术手段无法配备到基层的执法机关，电子监控乃至GPS等先进的监控手段无法被用于监视居住，这与我国司法资源的投入有很大关系，采取电子监控等先进手段需要价格不菲的设备以及资金投入，在我国当下的国情下难以做到，无法像美国等发达国家一样采取更多先进的技术手段用于执法当中。(2)拘留、逮捕等羁押性强制措施和取保候审相比监视居住有更大的实用性。公安机关

---

〔1〕 左卫民：《中国刑事诉讼运行机制实证研究》，法律出版社2007年版，第155页。

〔2〕 李钟、刘浪："监视居住制度评析——以2011年《刑事诉讼法修正案(草案)》为视角"，载《法学杂志》2012年第1期。

〔3〕 马静华、冯露："监视居住：一个实证角度的分析"，载《中国刑事法杂志》2006年第6期。

决定对犯罪嫌疑人取保候审的，应当责令犯罪嫌疑人提出保证人或者交纳保证金。相对于监视居住，取保候审有更多的保障，不仅是提交保证金的压力，保证人对于被采取取保候审的人员也会起到一个监督作用。而对于拘留、逮捕等羁押性强制措施，相比于监视居住的住所或者指定居所，将嫌疑人置于一个专门性的羁押场所，免除了在固定住所监视居住的人力物力的浪费，也没有需要另设指定居所的麻烦。(3)科技手段发展的限制。目前科学技术手段发展的不成熟导致执法机关难以用非人力的方式对嫌疑人和被告人进行监控，对于被监视居住者是否离开了其住所或者是否与他人进行通信难以完全掌控。随着社会的发展进步，以及科学技术的发展，这一问题应该会有所解决。(4)监视居住立法上的缺陷。我国监视居住制度只能由执法机关或者司法机关决定适用，而不能由当事人提出申请，因此执法机关以及司法机关很少会主动适用这一投入高昂且难以执行的强制措施。法律没有设立救济措施，当事人即使认为逮捕措施不当，也没有可以寻求改变的机会。[1] 同时，由于羁押性强制措施折抵刑期，造成拘留逮捕等强制措施的滥用，导致监视居住的适用率比较低。(5)监督机制存在缺陷。检察机关对于监视居住的决定以及执行应当进行监督。然而在实践中检察机关在监视居住的决定阶段没有对于公安机关、检察院以及法院决定是否适用监视居住的环节没有监督，因而给三机关适用监视居住制度给予了很大空间。同时，在监视居住的执行环节，检察机关也没有参与其中，对于监视居住执行过程中不符合法律规定的行为无法履行监督权力。当然，这涉及了很多实务操作的问题，需要配合立法的合理改革才能更好的完善检察机关的监

---

〔1〕 杨正万："监视居住制度的困境与出路——基于保留立场的分析"，载《凯里学院学报》2009 年第 1 期。

督权。

（三）对监视居住废除论的反驳

因为监视居住具备适用率低、执行过程中容易产生两极的情况、执行成本高、监视居住已经不适应社会发展等问题，有些人主张应当废除监视居住制度。比如有些学者认为1979年刑事诉讼法首次规定监视居住制度，有其特殊的历史条件，当这些条件改变时，以此为基石的法律规定应作相应改变，不适应时代的法律规定理应被更合理可行的规定取代，监视居住强制措施可以逐步退出历史舞台。〔1〕也有学者认为若要保留监视居住措施，对其监视地点的完善将会陷于一个二律背反的困境中，无论是采取指定居住还是在固定住所居住，都会产生对人权的侵犯，在宪法中明确规定“国家尊重和保障人权”和我国签署联合国人权两大公约的大背景下进行新一轮《刑事诉讼法》修订时，应对这个存在人权保障两难的制度予以彻底地废除而不是改造完善，无疑是最佳的选择，监视居住这种奢侈地浪费司法资源的制度不宜继续采用为佳。〔2〕

笔者认为，仅仅因为以上原因就取消监视居住制度是欠妥的。如果一个制度存在缺陷就直接取消掉，那么我们法律中很多有缺陷的制度也难以存在。对于那些符合逮捕条件但患有严重疾病、生活不能自理的人、怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女、生活不能自理的人的唯一扶养人，采取取保候审不足以防止其社会危害性，但适用逮捕又不符合人道主义原则，并且对于符合取保候审条件，但不能提出保证人也不能交纳保证金的

〔1〕姚玉林、张伟：“监视居住强制措施存在的合理性分析”，载《检察实践》2004年第2期。

〔2〕余辉胜：“现行监视居住制度的隐忧与省思”，载《西南政法大学学报》2007年第6期。

人，如果没有监视居住制度，适用逮捕不符合刑事诉讼法的基本原则。同时，对于羁押期限届满，案件尚未办结的情况，对于犯罪嫌疑人或者被告人不适用强制措施很多时候难以防止社会危害性的产生。对于有些学者提出的监视居住适用率低的问题以及执行容易产生两极的情况，是可以通过完善立法、改变执法模式，增强法律监督等措施去解决的。对于学者提出的监视居住是浪费司法资源，应当考虑法律的经济性的问题，刑事司法本来就是需要高投入的行业，美国法经济学家大卫·D. 弗里德曼指出："要使刑事司法变得有意义就要求我们严肃考虑它的成本。为阻止犯罪我们必须抓住罪犯并惩罚他们。这两种活动都是代价高昂的。"〔1〕我们可以看到，美国等发达国家对于刑事司法有先进的电子监控技术支撑，大大减少了人力资源的投入。

虽然监视居住产生于计划经济时期，但在如今的国情下，监视居住仍然有其适用价值。首先，监视居住介于取保候审和逮捕之间一个必要的强制措施。从严厉程度来看，监视居住介于取保候审和逮捕之间。监视居住的这种特性恰好使其成为了取保候审和逮捕之间必要的缓冲机制，具有二者不可替代的作用。〔2〕对于某些不适用取保候审又不适用逮捕的犯罪，监视居住给其提供了可适用的强制措施。与取保候审相比，监视居住更加严厉，对于符合逮捕条件的但不适合适用逮捕的社会危险性比较高的犯罪，采取取保候审不足以对其危险性进行防控，也不利于防止嫌疑人逃避侦查，然而，监视居住可以弥补这一缺陷，

---

〔1〕［美］大卫·D. 弗里德曼：《经济学语境下的法律规则》，杨欣欣译，法律出版社 2004 年版，第 271 页。

〔2〕潘金贵："监视居住保留论——反思与出路"，载《人民检察》2007 年第 14 期。

有利于刑事诉讼的顺利进行。相比于逮捕，监视居住严厉性较低。有些学者认为监视居住也是对人身自由的一种限制，和逮捕在本质上无异，我认为这种说法是错误的。虽然笔者承认监视居住在一定程度上具有人身自由限制性，但监视居住和逮捕对于嫌疑人来说差别很大，在看守所这种羁押场所的逮捕很容易让嫌疑人之间互相影响，或者受到看守所其他犯罪人员的欺负，该场所的复杂性导致采取逮捕措施对于某些不适合适用逮捕的人来说是不人道的。采取监视居住可以避免羁押场所的复杂性，并且给予嫌疑人更多的人身和精神上的自由。其次，域外刑事诉讼法立法中也有很多类似于我国监视居住的规定，如《意大利刑事诉讼法典》的住地逮捕制度，其中第283条规定："1. 法官要求被告人不得在特定的地点居住，而未经主管法官批准不得进入该地点。2. 法官要求被告人未经主管法官批准不得离开常住地市镇或其中的某一村镇。3. 法官可以另外做出决定，要求被告人不得在某一时间离开住宅，同时又不影响其正常的工作需要。"第284条规定："1. 在实行住地逮捕的决定中，法官规定被告人不得离开自己的住宅、其他私人居住地、公共治疗场所或扶助场所。2. 在必要时，法官限制或禁止被告人与其他非共同单位人或非扶助人员进行联系。"英国也有附条件保释制度。在英国的法律中，没有监视居住这项强制措施，但保释是英国刑事诉讼中一项重要的运用广泛的制度。法院在批准保释被告时，为了保证诉讼的顺利进行，可以对被告人附加一定的条件，被保释的被告人必须居住在特定的保释旅店，这是一种新的保释附加条件，这种附条件的保释就类似于我国的监视居住。[1]《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第107条规定了"监视

---

〔1〕 徐俊："浅谈监视居住的适用价值及其完善"，载《政法学刊》2000年第2期。

居住”制度：“监视居住在于限制犯罪嫌疑人、刑事被告人的行动自由并禁止犯罪嫌疑人、刑事被告人：(1)与特定的人交往；(2)收、发邮件；(3)利用任何通讯手段进行谈话。”〔1〕台湾地区也有“限制居住制度”的规定，其中第116条规定：“羁押之被告，得不命具保而限制其居住，停止羁押。”澳门也有“禁止离境与接触制度”，该制度是指命令嫌犯在诉讼终结前不得离开澳门，或者未经许可不得离开澳门。禁止接触是指不得与某些人接触，或不得常至某些地方或某些场合。具体限制的自由范围是由法官以命令的形式予以规定，法官可命令嫌犯履行上述全部或部分义务。〔2〕

（四）监视居住制度的改革进路

可以看出，2012年新刑事诉讼法意图开始对取保候审和监视居住做出区分，将逮捕规定为适用监视居住的前提条件，并且似乎承认了监视居住的变相羁押性，规定指定居所监视居住的期限可以折抵刑期。新刑诉法对于监视居住的立法意图做到更加全面和合理，但这种修改很难充分证实其在价值取向上有明显进步，也未有充分有效的技术手段与资源保障来确保其执行到位〔3〕笔者认为，除了2012年新刑事诉讼法作出的改变，监视居住仍应该从以下几个方面作出完善：

1. 明确将监视居住制度界定为剥夺人身自由的强制措施。新刑事诉讼法已经将指定居所监视居住的期限折抵刑期，表明在一定程度上已经意识到了监视居住的人身羁押性。因此，在

---

〔1〕潘金贵：“监视居住保留论——反思与出路”，载《人民检察》2007年第14期。

〔2〕隋光伟：《羁押法论》，吉林出版社2006年版，第187页。

〔3〕左卫民：“反思监视居住：错乱的立法与尴尬的实践”，载《学习与探索》2012年第8期。

刑事诉讼法中应当将监视居住明确定义为一种羁押性的强制措施，相比于拘留、逮捕等羁押性强制措施，监视居住应当为一种对人身自由限制强度较低的羁押性强制措施。并且，某些域外立法也明确承认了类似制度的人身羁押性。这样就可以解决现在关于监视居住制度羁押化的质疑。

2. 增加监视居住的司法投入，保证刑事司法的资金投入。刑事司法的投入不应该由当时财政控制，而应当由中央直接拨给各地的刑事司法机关。同时，加大资金投入推进监视居住执行的配套技术手段的发展。随着监视居住制度今后越发完善化，技术手段的提高以及司法资源的投入，逐渐实现固定住所监视居住的可操作性，安装监控以及探测器等装置实现对于被监视居住者的监控，减少单纯人力的投入，避免浪费司法资源。国外已经有成熟的技术来支持类似的制度，如何能够有效地引入我国监视居住制度的适用当中，还需要一定的时间和资金，同时必然也会产生一些争议和讨论。但是发展都是在争议中前进的，并且在当今社会涉及社会公共安全的刑事司法也应该有更多的技术投入，逐步摆脱原始的单纯的人力劳动。

3. 重新规定监视居住地点的适用。刑事诉讼法规定有固定住处的，监视居住的地点为其住处，没有固定住所的，在指定居所进行监视居住。由于大部分案件中嫌疑人有固定住处，因此导致在固定住处的监视居住流于形式，在实质上难以施行。笔者认为，在适用监视居住时，应当对嫌疑人进行区分评价。对于那些患有严重疾病、生活不能自理的人，怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女等必须在自己住处执行监视居住的嫌疑人采取固定住处的监视居住。对于其他情况下不是必须在固定住处进行监视居住的嫌疑人，采取指定居所监视居住的方式。这样的话，监视居住的可操作性大大增加，并且可以减少在固定住

处进行监视居住的数量，有利于执法中技术资源以及人力资源的分配。没有必要建立有些学者提出的专门的场所进行监视居住，减少司法成本。

4．监视居住的决定权和执行权分离。监视居住的强制性介于取保候审和逮捕之间，但其与取保候审的人身自由限制的程度不同，实质上很大程度限制了嫌疑人的人身自由，具有更加偏向的羁押性。在前文笔者已经提到立法应当承认监视居住的人身自由限制性，其本身具有人身羁押性，为了执法的正当化与合理化，以及不违背刑事司法的理念，因此立法应当将监视居住制度修改为由侦查机关提出，检察机关或者审判机关决定，由侦查机关执行的模式。由司法机关决定监视居住的适用，在法律上更加明确承认监视居住制度的羁押化性质。

5．缩短监视居住的期限。现行刑事诉讼法规定人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人监视居住最长不得超过六个月。该规定具有模糊性，是三个机关一共可以监视居住六个月还是每个机关都可以监视居住六个月，如果是后者则不利于保障犯罪嫌疑人和被告人的权利。因此，很多学者都提出了缩短监视居住期限的建议。有学者建议监视居住的期限应该修改为侦查阶段三个月，特殊情况下可延长一个月，审查起诉阶段一个月，特殊情况下可延长半个月，审判阶段的第一审程序和第二审程序均为一个月，特殊情况下可延长半个月。〔1〕陈光中教授建议每个阶段监视居住的期限为三个月，有特殊情况的，经人民检察院批准可以延长一个月。〔2〕潘金贵教授建议刑

〔1〕 钱雪棠："论监视居住的适用及完善"，载《中国人民公安大学学报》2005年第5期。

〔2〕 陈光中、张小玲："中国刑事强制措施制度的改革与完善"，载《政法论坛》2003年第5期。

事诉讼法再修改时将监视居住的时间分别设定为：在侦查阶段，最长不得超过二个月，这与一般侦查羁押期限相对应；在起诉阶段，最长不得超过一个月，这与一般审查起诉期限相对应；在审判阶段，最长不得超过一个月，这与一般审理期限相对应。〔1〕笔者更同意潘教授的建议，监视居住的适用是分阶段的，因此在期限的规定上应当分侦查、起诉和审判三阶段来分别规定，监视居住的期限分别侦查、审查起诉和审判的期限相对应也是合理的。

6. 完善监视居住的监督机制和救济机制。应当对于被采取监视居住者的合法权益进行监督保障，充分发挥检察机关的法律监督功能，对各个阶段监视居住适用中的违法行为进行法律监督，同时采取相应配套的国家赔偿机制来救济被侵犯权利者。结合笔者前述立法应当承认监视居住的人身羁押性，因此，被错误适用监视居住的人应当给予国家赔偿。

---

〔1〕潘金贵："监视居住保留论——反思与出路"，载《人民检察》2007年第14期。

[General Information]
书名=刑事疑难案件研究
作者=张新民主编；孙琳，邹兵副主编
页数=304
SS号=13687406
DX号=
出版日期=2014.12
出版社=中国政法大学出版社